RECITACIONES

DEL

DERECHO CIVIL DE ESPAÑA

SEGUNDA PARTE DE LA OBRA

HISTORIA DE LA LEGISLACIÓN

POR LOS ABOGADOS

AMALIO MARICHALAR, MARQUÉS DE MONTESA

Y

CAYETANO MANRIQUE

TOMO II



MADRID
LIBRERÍA «GUTENBERG», DE JOSÉ RUIZ
RUIZ HERMANOS, SUCESORES
Plaza de Santa Ana, 13.
1916

Imp. de la Suc. de M. Minuesa de los Ríos, Miguel Servet, 13. — Teléfono 651.

TÍTULO III

De la patria potestad.

CAPÍTULO PRIMERO

Ideas generales.

Fundamento de la patria potestad. — Orígenes de la patria potestad en el derecho romano y en el godo. — El dominio quiritario como base del poder paterno en los romanos: facultad del padre de vender a los hijos y de darlos en noxas; poder sobre los descendientes; derecho de vida y muerte; concepto de cosas de los hijos. — Modificación de estas facultades en sentido restrictivo. — Idea de la patria potestad entre los godos. — Prohibición por el Fuero de la facultad de matar a los hijos. — Si se concedía o no la patria potestad a la madre. — Legislación de Partidas. — Definición de la patria potestad.

Basta la simple razón natural para comprender directamente, hasta sin acto reflejo, el fundamento de la patria potestad; pero además lo tenemos consignado en el tercer precepto del Decálogo, y de un modo tal, que viene a establecerse el precepto en sentido de obligación, y, por consiguiente, como reconociendo el derecho. Honrarás a tu padre y a tu madre, dice el tercer mandamiento, y como, al imponer al hijo esta obligación, es indispensable reconocer el derecho correlativo, aun en el mismo Decálogo aparece la patria potestad, más que como precepto establecido, como principio reconocido. Podemos, pues, empezar diciendo que la patria potestad es un principio de derecho divino, natural y positivo, por el cual el hijo resulta obligado a prestar a su padre amor, obediencia, sumisión y respeto.

Preciso era que en las legislaciones formadas ya por los

hombres se fijaran los límites de estas ideas generales, para, concretándolas, hacerlas exigibles, llegando en el terreno práctico a poder realizarlas. Bajo este concepto deben ser considerados todos los preceptos establecidos, y procediendo del abstracto al concreto, en nuestra legislación y jurisprudencia tenemos que acudir, para comprender y explicar la materia, a las dos grandes fuentes u orígenes de todo lo que en nuestro derecho se encuentra establecido acerca de esta institución. Examinaremos, por lo tanto, como orígenes de lo vigente en la actualidad, lo que los romanos y los godos reconocieron y establecieron acerca de la patria potestad.

Los expositores del derecho romano se han visto en la necesidad de distinguir la patria potestad que deberemos llamar natural, como emanada necesariamente de las relaciones naturales o que por la naturaleza existan entre los padres y los hijos, de la que por su especial legislación venía a formar una de las grandes instituciones de aquel pueblo. A la primera llamaron patria potestad de derecho de gentes o por derecho de gentes, y a la segunda, patria potestad de derecho romano; con referencia a ésta, decía Justiniano: «No hay otros hombres que ejerzan sobre sus hijos el poder que nosotros ejercemos.»

Para realizar el exquisito artificio de su legislación, necesitaban una base en que fundar el poder que reconocían, y lo atribuyeron al dominio quiritario. Entre los ciudadanos romanos, lo que no era igual a ellos, lo que no era persona, era cosa: los hijos, por consiguiente, como no podían igualarse al padre, tenían que ser, respecto de él, reputados como cosas; mas como podían considerarse iguales fuera de esta relación a otros ciudadanos, a otras personas, a diferencia de los esclavos, que en nada podían parificarse a los hombres libres, venía a resultar que los hijos eran cosas respecto de sus padres y personas respecto de los demás, incluso la madre, porque a la mujer no se le concedía el dominio quiritario, y, por consiguiente, respecto de ella no había razón para que el hijo dejara de considerarse persona. Conviene no perder de vista esta diferencia,

porque en ella precisamente se funda la razón de no haberse concedido potestad a las madres por el derecho romano sobre sus hijos. Dos supuestos, por lo tanto, resaltaban al considerar las relaciones de padre e hijo, que, aunque sin violencia, pueden refundirse en uno; el distinguirlos facilitaba en gran manera los medios de explicación: primero, el dominio quiritario; segundo, el que los hijos respecto de sus padres fuesen cosas.

Del dominio quiritario se desprendía la facultad del padre para vender a sus hijos, y no una sola, sino cuantas veces volviera el hijo a incidir en la patria potestad por salir del dominio de aquel que lo había comprado. El padre, por la venta, no perdía la relación de paternidad, y si el hijo era manumitido por su dueño, volvía a quedar sujeto a la patria potestad. Esto, que, admitido el supuesto, resultaba indefinido, se concretó o limitó a que los padres sólo tuvieran el derecho de vender a sus hijos por tres veces, y de ello vino a tomarse el fundamento de la fórmula de emancipación, que se reducía a fingir las tres ventas y las tres manumisiones, por medio de las cuales el hijo salía del poder de su padre.

Otro de los efectos del dominio quiritario era el que los padres pudieran dar en noxas a sus hijos. Los padres tenían obligación de responder de los perjuicios causados por sus hijos en cuanto fueran estimados o pecuniarios: cuando a ello se veían demandados, podían dar a sus hijos en noxas, es decir, cumplían la obligación o se libertaban de satisfacerla entregando al perjudicado el hijo que había causado el daño para que lo retuviera en su poder hasta tanto que se resarciera, con los productos de su trabajo, del perjuicio sufrido.

Deducían también del dominio quiritario la consecuencia de que los padres tuvieran el mismo poder sobre los hijos de sus hijos, o sea sobre sus nietos, hijos o hijas de sus hijos varones, y así en los grados sucesivos en toda la línea recta por estricta agnación. La razón era tan sencilla como concluyente, perteneciendo al padre, por dominio, el hijo; todo lo que por accesión de éste resultara correspon-

día a su dueño, y así la patria potestad se extendía a todos los individuos componentes la familia, resultando todos sometidos a un solo jefe. Por la misma razón se concretaba esta jefatura a la descendencia agnada, porque, saliendo la mujer, al casarse, de la familia paterna para entrar en la de su marido, los hijos de ella quedaban sujetos a la patria potestad de sus agnados, y, por consiguiente, libres de la de sus cognados.

El derecho de vida y muerte era otra de las consecuencias que deducían del dominio quiritario. El padre podía matar a sus hijos: a tal extremo llegaba el poder que se reconocía en el supremo jefe de la sociedad familiar. Se ha intentado, sin embargo, negar que esta facultad haya existido: más fácil es suscitar dudas acerca de lo antiguo que resolverlas; pero para nosotros se encuentra resuelta en sentido afirmativo por el fragmento de Paulo comprendido en la ley 11, título 2.°, libro 28 del Digesto; por la ley 10, título 47, libro 8.° del Código, y muy notablemente por la ley 1.ª, título 9.°, libro 48 del Digesto, puesto que el derecho de vida y muerte contradecía la idea de que el padre cometiera parricidio matando a su hijo, y en ésta se impone la pena del parricidio al que mata a su padre; también a la madre que mata al hijo, pero nada dice del padre. Lo que puede admitirse, sin desconocer la verdad, es que esa tan extensa facultad, que del rigorismo del derecho parecía absoluta, se encontraba limitada a la de poder castigar hasta con la muerte al hijo que por su delito la mereciera, debiendo proceder el padre, no como injusto tirano, sino como recto juez.

Los efectos del supuesto de ser los hijos, respecto de sus padres, cosas, eran también muy consiguientes. Entre el hijo y el padre no podía mediar contrato alguno, ni el hijo, en negocios privados, podía contratar para sí, ni aun litigar con el padre, puesto que el litigio es un cuasi contrato. Esto no obstante, el hijo, en los negocios públicos, podía ofrecer todos los actos de verdadera persona, y, sin inconveniente, podía ser tutor, pretor o cónsul, si bien para estos efectos había de considerársele, como en su lugar veremos,

emancipado. Estaba en las atribuciones del padre constituir en tutela al hijo, como podía sujetarlo a cualquiera otra obligación; y podía sustituirlo pupilarmente, es decir, hacer testamento por él, para mientras el hijo no tenía, por su edad, facultad para hacerlo por sí mismo; mas, por lo mismo, esa facultad estaba limitada por la edad, pues el hacer testamento era de derecho público, y cuando entraba en las atribuciones del hijo tenían que cesar los efectos de las del padre. La sustitución llamada ejemplar venía a ser una consecuencia extensiva de la pupilar. No era dado al hijo ni aun recibir en mutuo, porque de este modo contraía obligación, y, si bien podía obligarse por hechos ilícitos, ya hemos visto cómo del resarcimiento o indemnización de perjuicios tenía que responder.

Hemos dicho que los dos supuestos del dominio quiritario y de ser los hijos, respecto de sus padres, cosas, podrían refundirse en uno; y ahora que tenemos ya expuestas las consecuencias del uno y del otro, podemos explicar y justificar con toda sencillez esta proposición. En los dos, la razón fundamental es una misma, pues se reduce a que el hijo, respecto de su padre, era considerado cosa y no persona; pero la latitud de las consideraciones que se reconocían al quirite, al ciudadano romano, no se reconocían en los demás, y de aquí venía la necesidad de la distinción: los hijos para sus padres eran cosas, pero para los padres romanos eran cosas sujetas al dominio que á los tales se les reconocía, y este dominio era distinto del que se admitía respecto de los demás. Para significar esta diferencia dividían los romanos el dominio en quiritario y bonitario, y decían que estaban sujetas al primero las cosas *res mancipi*, y entre ellas enumeraban a los hijos. La palabra *mancipi* toma su etimología de *manum*, con la que significaban el poder que participaba del derecho público, y por eso de la *res mancipi* sólo podían disponer por medio de fórmulas solemnes, de ritos especiales, revestidos de cierta mayor publicidad, y que venían a refundirse en la antigua ritualidad de la moneda y la balanza: por excusado, tenemos dar a esto más lata explicación.

Todas estas facultades, cuyo conjunto formaba la patria potestad del antiguo derecho romano, fueron modificándose en sentido restrictivo. Parece que en lo metafísico existe la misma ley que en lo físico, de que las cosas se aumentan a expensas de sus próximas o análogas: no diremos que esta ley sea necesaria, pero sí que aparece constante, y de ejemplo puede servir la materia en que nos ocupamos. Según fueron aumentándose las atribuciones del poder público, según fué acreciendo y extendiéndose el poder de la jefatura del Estado, fué disminuyendo el poder privado, fueron restringiéndose las facultades del jefe de la familia.

Por la ley única, título 25, que viene a confirmarse en la también única, título 31, libro 7.° del Código, quedó completamente abolida la diferencia entre los dominios quiritario y bonitario. Las leyes 3.ª, título 47, libro 8.°, y única, título 14, libro 9.° del Código, quitaron al padre la facultad de matar al hijo, limitándola al derecho de castigarlo moderadamente, y, aun en el caso de ser el hijo criminal, tan sólo podía el padre pedir al juez que impusiera la pena merecida. Razonan los expositores en favor de esta variación por medio del siguiente a manera de dilema: el padre ha de ser, o indulgente, o severo, o justo: si indulgente, favorecerá al criminal; si severo, podrá llegar a castigar con demasiado rigor, y tal vez hasta imponer pena al inocente; si justo, luchará entre la piedad y la justicia. Todo esto es muy exacto, y a la par tan sencillo, que parece debía ocurrírsele al primero que tratara de preceptuar sobre la materia; sin embargo, no fué admitido por los legisladores hasta el tiempo del Imperio, y, por consiguiente, hubieron de pasar siglos durante los cuales fué desconocido.

En las leyes 1.ª y 2.ª, título 43, libro 4.° del Código terminantemente se prohibe a los padres vender, donar, dar en prenda, ni por ningún otro título ni pretexto, transmitir el derecho sobre sus hijos, y sí sólo en la 2.ª se permite vender al hijo o hija sanguinolentos, es decir, en el momento de nacer; y esto cuando exista causa de pobreza en el padre, en términos de poderse suponer la venta favo-

rable al hijo, de modo que parece que se quiso conservar la memoria del latísimo derecho de los quirites romanos, reduciéndolo a los más estrechos límites y moralizando el concepto en todo lo posible.

La facultad de dar en noxas a los hijos, el derecho de adquirir por medio de ellos, y hasta el de perpetuar la patria potestad en los nietos y demás descendientes agnados, sufrieron modificaciones conforme fué refinándose el sistema penal y fueron admitiéndose las ideas y doctrinas sobre peculios y sobre constituir, por medio del matrimonio, nuevas familias, con mayor o menor separación del tronco o raíz fundamental; creyendo, acerca del particular, suficientes estas indicaciones, por la sencilla razón de que, siguiendo el curso de nuestro trabajo, nos hemos de ver obligados a explanarlas concretamente a diversos puntos de los que se comprenden en la materia. Réstanos, sin embargo, para concluir las indicaciones que creemos necesarias, decir algo acerca de ciertas locuciones técnicas o modismos jurídicos, que como tales se usan comunmente, y es necesario entender con exactitud.

La idea expresada por medio de la locución *pater familias* viene a rozarse con la de la patria potestad, siendo, no obstante, muy distintas. Ya hemos dicho que *pater*, en lenguaje latino y en la acepción más lata, significa jefe, y, por lo tanto, el modismo *pater familias* venía a significar el jefe de los individuos componentes la sociedad familiar. Eran, por consiguiente, *pater familias* todos los que no estaban sujetos a otra jefatura, y de aquí la distinción. Sólo ejercía la patria potestad el padre de familias que tenía hijos, pero no dejaba de ser *pater familias*, en el expresado concepto, el que no los tenía, si era persona libre, o, lo que es lo mismo, no estaba sujeto a la patria potestad. Esta nunca podía competir a las mujeres, porque, como ya hemos dicho, no podían ser quirites; sin embargo, podían ser *mater familias* cuando llegaban a un estado en el cual no dependían del poder del padre ni del de su marido. De aquí el que la locución *mater familias* viniera a formarse como necesaria para expresar el indicado concepto. En la palabra *mater* no

se comprendía la idea de jefatura: al mismo tiempo repugnaba aplicar a la mujer la palabra *pater;* fué forzoso, por consiguiente, el formar la locución *mater familias* para significar la condición o estado de la mujer cuando no estaba sujeta ni a la patria ni a la marital potestad. Sin embargo, la denominación se usaba más extensivamente, y hasta convirtiéndola en un título laudatorio y honorífico, según se ve dicho por Ulpiano en la explicación de la palabra, que forma parte de la ley 46, título 16, libro 1.º del Digesto: «Matrem familias accipere debemus eam, quæ non inhoneste vixit; matrem enim familias a cœteris fæminis mores discernunt, at que separant: proinde nihil interesit, nupta sit, an vidua, ingenua sit, an libertina: nam neque nuptiæ, neque natales faciunt matrem familias, sed boni mores.»

Los godos no alambicaban, por decirlo así, tanto la ciencia: no eran tan instruídos, tan ilustrados, pero eran más sabios que los romanos; no procedían con tan rigurosa exactitud en el método, pero tomaban sus doctrinas de fuentes más puras por ser más naturales, y por lo mismo menos artificiosas. Los romanos, según ya hemos indicado, reconocían, como no podían menos de reconocer, que por naturaleza y por necesidad de que la sociedad familiar tuviera un jefe, debía atribuirse al padre la patria potestad; pero al llevar la idea al terreno jurídico, por que en nada faltara el artificioso método de su procedimiento científico, le hacían perder su natural pureza, fundándola en una de sus instituciones, cual era el dominio quiritario; y esto supuesto, tomando, no ya la causa primera, y sí la más próxima, de ella deducían con admirable precisión todos los efectos y consecuencias. Los godos, por el contrario, no reconociendo la artificiosa institución del dominio quiritario, no viciaban con esta idea la pureza de la causa primera, y de ella inmediatamente deducían las consecuencias, que elevaban a preceptos.

Sentado este supuesto, que a todas luces resulta comprobado por toda la legislación gótica, sin más que acudir a él se resuelven sencillamente ciertas a manera de cuestiones que en el terreno especulativo han dado mucho que ha-

blar, y que en el práctico tienen muy poca importancia. Se ha tratado de inquirir, y el empeño ha producido la natural controversia, cuál era el supuesto, principio o idea fundamental de la patria potestad entre los godos, como si no fuera suficiente la causa y necesidad natural, y hubiera que acudir a una artificial, como hacían los romanos. Se ha controvertido mucho acerca de si los godos concedieron a la madre la patria potestad, y todo esto, en nuestro concepto, puede comprenderse en aquella fórmula de *verborum non rerum est controversia*. En la legislación goda aparecen los preceptos restrictivos respecto de las facultades del padre, y, al mismo tiempo, extensivos con relación a las de la madre; y nada más natural. Cuando vinieron a España se encontraron con que en ella regían las costumbres que se habían formado bajo las doctrinas del antiguo derecho romano, y lo primero que en la materia hicieron fué abolirlas, rechazarlas, condenarlas, dictando leyes que son la prueba más clara y decisiva de que, si no tan atildada, su civilización era más fundamental que la romana, que a la sazón derivaba en los estados que vinieron a ocupar.

La ley 7.ª, título 3.º, libro 6.º del Fuero Juzgo prohibe la facultad de matar a los hijos, empezando por expresar que la facultad regía y se practicaba. Dice así: «Ninguna cosa non es peor de los padres que non an piadat, e matan sus fiios. E porque el pecado destos atales es spendudo tanto por nuestro regno, que muchos varones e muchas muieres son culpados de tal fecho, por ende defendemus que lo non fagan, y establezemos que si alguna muier libre ó sierva matar su fiio, pues que es nado, ó ante que sea nado prender yerbas por abortar, ó en alguna manera lo afogase, el iner de la tierra luego que lo sopiere condémpnela por muerte. E si la non quisier matar, cieguela: e si el marido ie lo mandar fazer, e la sofrier, otra tal pena deve aver.». Y la ley 13, título 4.º, libro 5.º, declara: «Que los padres non pueden vender los fiios, ni dar, ni empennar; ni aquel que los recibiere non deve aver nengun poder sobrellos. Mas el que comprar los fiios del padre pierda el precio; e si fuesen empennados, pierda lo que dió sobrellos.» Véase, pues,

abolido el derecho de vida y muerte, el de vender, dar en prenda y en noxas; y todo esto bajo las más rigurosas penas, y fundándose directamente en los más sanos principios de moral.

Por lo que hace a la madre y a la cuestión de si se le concedía o no la patria potestad, ya hemos dicho que la controversia es sobre palabras, y de tal modo que lo mismo puede sostenerse la afirmativa que la negativa, pues la verdad es que, así como los godos nunca concedieron a los padres la patria potestad que el derecho antiguo romano, siempre reconocieron en la mujer mayor dignidad que la que los romanos le concedían, distinguiendo, sin embargo, con gran precisión, las atribuciones del uno de las de la otra, y estableciendo la natural y debida diferencia. El poder del padre era mayor y preferente; el de la madre, siempre defectivo y poco más extenso que el de la verdadera tutela: este poco más en que consiste la diferencia es lo que debe fijarse con verdadera precisión, porque la verdadera dificultad científica consiste siempre en distinguir los semejantes, y, realizándolo, vendremos a parar en que la potestad materna se reducía a un término medio entre la patria potestad y la tutela: los romanos no reconocieron más que los dos extremos; los godos admitieron el tercer concepto, perfeccionando la graduación.

Esta idea está ya muy generalizada, porque siendo real y efectiva, porque existiendo la conformidad del entendimiento con la cosa, existe la verdad, y sobre ella hay un firme asenso, que es lo que constituye la certeza. Sin embargo, sigue la disputa, y al formarse un proyecto de Código, parece como que se trata de resolver la duda consignando que a la madre, en defecto del padre, compete la patria potestad, incurriéndose a todas luces en una locución bárbara por temor o escrúpulo de crear nuevas locuciones con las cuales rectamente se expresaran las ideas por medio de sus exactos signos representativos. Lo verdadero y cierto es que en nuestra legislación, de origen gótico, está perfectamente distinguida la potestad paterna de la materna, y que, sin más que fijarse en esta distin-

ción, se resuelve por sí misma la cuestión. ¿Compete a la madre el poder paterno? No, pero sí el materno. He aquí justificada nuestra proposición de que la controversia se reduce a palabras y no a cosas, puesto que ni se duda ni se disputa sobre cuál es el poder del padre con diferencia del de la madre.

Siguiendo el curso de nuestro trabajo, iremos determinando las diferencias; pero, por ahora, tenemos que fijar las consideraciones generales, que no pueden menos de ser las que se deducen más directamente de la naturaleza de las cosas. Siendo el hombre igual al hombre, no puede menos de notarse la relación diferencial de padre e hijo; de aquí que la potestad y respectiva sumisión se prolonguen indebidamente hasta tanto que sobrevenga otra razón suficiente para contradecir el supuesto. Entre el hombre y la mujer, ya no existe la misma igualdad; así es que, sin más que atender a la razón natural, por causas puramente naturales, débese admitir que concluya la relación de jefatura y sumisión. En conformidad de esta doctrina se encuentra la legislación goda, determinando la potestad del padre de un modo indefinido, hasta tanto que sobrevenga una causa legal, establecida más bien que reconocida, y que, en sus diferentes modificaciones, puede comprenderse en el concepto general de emancipación, y, a la par, se ve que el poder de la madre concluye, por razón natural reconocida, puesto que se admite como suficiente para ello la edad. El padre siempre se suponía superior al hijo; era preciso, para que dejara de reconocerse esa superioridad, mediara una causa civil; respecto de la madre, se reconoce la misma superioridad, pero limitada a cierto tiempo, puesto que, sin que para nada intervenga otra causa, concluye por llegar el hijo a cierta edad.

La ley 1.ª, título 3.º, libro 4.º del Fuero Juzgo se encuentra traducida en estos términos: «Grand impiedad es dar omne conseio á los menores que non pierdan sus casas. E por ende magüer que fasta aqui los fiios pequennos, que non an padre, eran dichos huerfanos, e non otros; porque la madre non a menor cuidado del fiio que el pa-

dre, por ende mandamos que los fiios que son sin padre, e sin madre fasta XV annos, sean lamados huerfanos.» En el texto latino, con mucha más precisión y claridad la idea eran dichos huérfanos, se expresa con las palabras *pupilli nuncuparentur;* por manera que sin que pueda caber duda, aunque por sentido contrario claramente se significa, que muerto el padre y viviendo la madre, los hijos menores de quince años no se consideran huérfanos en concepto de pupilos, no pueden, por consiguiente, constituirse en tutela, y quedan constituídos bajo la potestad materna; pero al mismo tiempo, y con la misma precisión, se determina que esta potestad materna sólo se extiende hasta la edad de quince años: de modo que así como por la sola razón de edad nunca concluía la patria potestad, la potestad materna terminaba cuando los hijos salían de la edad pupilar, cuando por cumplir quince años ya no era posible llamarles huérfanos.

La ley 3.ª del mismo título dice así: «Si el padre fuere muerto, la madre deve aver los fiios de menor edad en su guarda, si ella quisiere e si se non casare, assi que de las cosas de los fiios haga un escripto. E si la madre se quisiere casar, e alguno de los fiios fuere de edad de XX annos fasta XXX, este deve aver los otros hermanos e las sus cosas en guarda, e non las dexar ennaienar ni perder á ellos ni á otri.» Indudablemente, en esta ley, al hablar de la potestad materna, se le llama guarda, y en el original latino, tutela; pero no por eso, aunque se confundan las palabras, deja de distinguirse el concepto, reducido a preceptuar la potestad de la madre mientras permanezca viuda, sin que esta condición, ni la obligación de hacer inventario, ni aun el de conceder a la madre el derecho de renunciarla, perjudique la idea, pues la de perder su potestad si se casa es consecuencia del reconocido principio de que la mujer al casarse se sujeta a la potestad del marido; por si llega este caso, se le exige el inventario, y nunca se supone menoscabado un derecho porque sea renunciable.

También se encuentra confirmada la potestad materna en la ley 8.ª, título 1.º, libro 3.º del mismo Código; dice así:

«Si el padre es muerto, la madre puede casar los fiios e las fiias. E si la madre es muerta, ó se casar con otro marido, los hermanos deven casar la hermana, si son de edad complida, e si non son de tal edad, el tio los deve casar. Mas si el hermano es de edad complida, e non se quisier casar por conseio de sus parientes, puedese casar por si. Mas la hermana, si algun omne convenible la demanda, el tio ó los hermanos fablen con sus parientes mas propinquos assi que comunalmientre lo reciban ó lo dexen.» No podemos prescindir de copiar el texto latino, por encontrarse en él mucho más claro y determinante el concepto: «Patre mortuo, utriusque sexus filiorum coniunctio in matris potestate consistat. Matre vero mortua, aut si ad alias nuptias forte transierit, fratres eligant cui digdius puer vel puella iungatur. Quod si fratres eius ætatis non fuerint, ut eorum iudicio debeat germanus, aut germana committi, tunc patruus de coniunctione eorum habeat potestatem.»

El título en que se encuentra esta ley lleva por epígrafe «Del ordenamiento de las bodas», y las otras dos se encuentran en el que se titula «De los huérfanos é de los que los defienden». De éste han querido deducir algunos que todo lo que en los preceptos legales se determina debe referirse a tutelas, o, a lo sumo, a la facultad de intervenir los padres en los matrimonios de los hijos, mas en manera alguna a la patria potestad. Si tal modo de argüir hubiera de admitirse como razonable, forzosamente se llegaría al absurdo de que los godos no reconocieron la patria potestad, pues es lo cierto que en todo su Código no se encuentra un título que tenga por epígrafe «De la patria potestad». Por más que se quieran alambicar los conceptos, por más gimnasia de disputa que se intente emplear, siempre aparecerá la fuerza de la verdad, que no se perjudicará con las más latas concesiones. Para evitar, pues, lo mismo que criticamos, concederemos todo lo que puede concederse; y, aun suponiendo que el poder de la madre se encuentre comprendido en la esfera de la tutela, forzoso es reconocer que es una tutela tan privilegiada, cuanto que, siendo legítima, se antepone a la testamentaria, puesto que la ley, sin dis-

tinción ninguna de si el padre ha hecho o no testamento, o de si ha determinado o no algo acerca de la guarda de sus hijos, dice: «Si patre mortuo in minori ætate filii relinquatur, mater corum tutelam, si voluerit, suscipiat.»

Consignadas estas consideraciones, en las que hemos procurado comprender lo que en las dos fuentes u orígenes de nuestra legislación se reconocía y establecía acerca de la patria potestad, podremos tener un punto de partida, una verdadera base de exposición y explicación de la materia, porque es lo cierto que en lo que en la actualidad está vigente se encuentran mezcladas las doctrinas y máximas procedentes del derecho romano con las que proceden del gótico. En todas nuestras leyes indígenas, verdaderamente españolas, resalta el espíritu gótico, pero la inmensa influencia que en nuestra legislación no pudo menos de tener el Código Alfonsino, necesariamente, y a la par, produce su resultado, siendo muy de notar que los autores de las Partidas tomaron sus máximas, no del derecho romano que en España regía cuando vinieron los godos, y mientras estos nuevos invasores fueron monificando la legislación, sino del que con posterioridad compiló y estableció Justiniano.

Desde luego se hace necesario no perder nunca esto de vista al tratar de dar una definición de la patria potestad. A ello está dedicada toda la ley 1.ª, título 17, Partida 4.ª, que dice así: «Patria potestas, en latin, tanto quier dezir, en romance, como el poder que han los padres sobre los fijos. E este poder es un derecho atal, que han señaladamente los que biven, e se judgan, segund las leyes antiguas, e derechas, que ficieron los filosofos, e los Sabios, por mandado, e con otorgamiento de los Emperadores: e hanlo sobre sus fijos, e sobre sus nietos, e sobre todos los otros de su linaje, que descienden dellos por la liña derecha, que son nascidos del casamiento derecho.» En esta definición se determina la idea de que la patria potestad se extienda a los hijos de los hijos, sin limitación alguna, en toda la descendencia agnada, y por si acaso cupiese alguna duda, la ley 2.ª del mismo título concluye diciendo

«que los fijos que nascen de las fijas, que deven ser en poder de sus padres, e non de sus abuelos que son de parte de su madre». Esta indefinida prolongación de la patria potestad, de origen puro romano, fundada en el principio de ser los hijos cosas de sus padres, y en todas las doctrinas admitidas sobre accesión, no se encuentra en ninguna ley de origen puro español: sin embargo, por haberse establecido en el Código alfonsino, empezó, por decirlo así, a tomar carta de naturaleza, hasta que por la ley 47 de Toro, 3.ª, título 5.°, libro 10, N., se preceptuó que «el fijo ó fija casado e velado sea havido por emancipado en todas las cosas para siempre».

No es posible ya, por lo tanto, admitir como buena la definición de la ley de Partida, y de ello nace la necesidad de formular otra. Lejos de nosotros la pretensión de poderla hacer perfecta; pero, forzados por la necesidad, presentamos la siguiente: patria potestad es el conjunto de los derechos de los padres sobre las personas y bienes de sus hijos legítimos, legitimados y adoptivos no emancipados. En la palabra padres comprendemos al padre y a la madre; por manera que, sin dificultad, la definición puede aplicarse tanto a la patria como a la materna potestad, conforme a la distinción que ya dejamos indicada; expresamos además el concepto por medio de tres calificaciones afirmativas y una negativa respecto de los hijos, comprendiendo en las tres afirmativas los que están sujetos a la patria potestad, y en la negativa, con referencia a los mismos, cuando dejan de estarlo, y de este modo, comprendiendo el sí y el no, damos a la idea toda la latitud posible. Se expresa también en la definición que la patria potestad tiene por objeto las personas de los hijos y los bienes de estas mismas personas, lo que también produce una consiguiente división; aunque implícitamente, se comprenden en la definición los tres modos que jurídicamente se reconocen de adquirir la patria potestad, que son las nupcias o el matrimonio, la legitimación y la adopción, si bien respecto del primero hay que advertir que en nuestro derecho, a diferencia del romano, el matrimonio es tam-

bién causa de emancipación o de conclusión de la patria potestad, conforme a la citada ley de Toro; y, por último, se consigna también la idea de que hay causas por las cuales concluye la patria potestad, con lo que viene a significarse las causas de la existencia, la extensión que tiene y los efectos que mientras dura produce, y los motivos por los cuales ha de concluir. Es, pues, indispensable, para la completa explicación de la materia, comprender en este título todo lo concerniente a la legitimidad, legitimación y adopción de los hijos; lo que se refiere a los derechos que sobre las personas de los mismos competen a los padres, y, por consiguiente, a las respectivas obligaciones, comprendiendo en ello la materia de alimentos; lo respectivo también a los bienes de los hijos, o, más técnicamente hablando, a los peculios, y, por último, a la emancipación o motivos legales por los cuales concluye la patria patestad.

Para proceder por un método conducente a la claridad, que es nuestro principal objeto, creemos indispensable acudir a la división por diferentes capítulos, y aun algunos de ellos a la subdivisión por secciones.

CAPÍTULO II

De las diferentes clases de hijos (1).

Concepto de hijos. — Diferencias emanadas de las circunstancias especiales de la procreación.—Calificación de hijos.—Conceptos de la relación de paternidad.

Ya hemos indicado que jurídicamente es preciso distinguir las diferencias que se comprenden en la idea general y relativa de padre e hijo. Hijo es el hombre o persona con relación al varón y la mujer por quien ha sido engendrado; y en esta definición se encuentra comprendido el concepto en su mayor latitud, pues ni aun se acude al nacimiento para poder extenderla hasta los que no han nacido, siendo lo cierto que hay que considerarlos porque derechos se les reconocen, si bien siempre bajo la suposición de que se realice el hecho del nacimiento. Ya en su lugar, y al tratar de la división de las personas, hemos explicado qué circunstancias deben verificarse para que el hijo se tenga por nacido, para que el nacimiento sea jurídicamente eficaz; excusamos por consiguiente repetirlo, y como ya realizado el supuesto, de lo que ahora tenemos que ocuparnos es de las diferencias que se reconocen emanadas de la condición o circunstancias especiales que concurren en el acto de la procreación, para determinar qué calificación debe atribuirse al hijo.

Es de todo punto necesario, porque, sin determinar las diferentes calificaciones, sería imposible conocer ni poder usar el verdadero lenguaje técnico, que tanto facilita la explicación y que llega a constituir el único medio de entenderse científicamente. Hemos indicado, al formar la definición de la patria potestad, que hay hijos legítimos, legiti-

(1) Artículos 108 a 141 del Código civil.

mados y adoptivos; tendremos que hablar también de otra modificación de la idea, que se expresa con la palabra reconocimiento; por consiguiente, de estas mismas indicaciones naturalmente se deduce que son cuatro los principales conceptos en que hay que considerar la relación de paternidad: legitimidad, legitimación, adopción y reconocimiento. Dividiremos, por tanto, este capítulo en cuatro secciones, dedicando cada una a uno de los miembros de la distinción por el mismo orden propuesto.

SECCIÓN PRIMERA

DE LA LEGITIMIDAD

Axioma o fórmula romana que tiene por padre al varón legítimamente casado con la mujer de quien haya nacido el hijo. — Su significación y fuerza científica. — Referencia exclusiva al padre. — Constituye una presunción de derecho. — Hijos legítimos. — Hijos putativos o de matrimonio en que existe vicio que lo invalide o anule. — Honras y preeminencias de los hijos legítimos. — Hijos póstumos. — Paternidad del póstumo. — Hijos ilegítimos. — Hijos naturales. — Su determinación por las Partidas. — Ley 11 de Toro. — Dudas y cuestiones sobre su inteligencia. — El objeto de la ley fué declarar no requisito indispensable el que la mujer estuviera en casa y fuera una sola. — Reconocimiento del padre. — Significado de las palabras «casarse justamente y sin dispensación». — Tiempo al que se refiere la aptitud de los padres para contraer matrimonio. — Caso del procreado en época de voto simple de castidad, aunque después de dispensado el impedimento, y del concebido en adulterio, pero nacido cuando sus padres podían casarse sin dispensación. — Hijos adulterinos o natos. — Cuáles son los que deben calificarse tales. — Hijos nacidos de mujer casada. — Hijos de hombre casado y mujer soltera. — Relación de la ley de Toro con el Código penal. — Hijos incestuosos. — Definición. — Los incestuosos, con referencia a la concepción, ¿pueden adquirir la condición de naturales? — Si por el matrimonio putativo de los padres queda legitimado el hijo incestuoso. — Hijos espúreos, manceres, fornecinos, bastardos. — Hijos sacrílegos. — Distinción entre el voto solemne o simple. — Caballeros de órdenes militares. — Necesidad de que exista el impedimento al tiempo de la concepción. — Hijos de dañado y de dañado y punible ayuntamiento. — Idea genérica comprendida en esta fórmula. — Si los naturales se comprenden o no en ella. — Concreción al caso de la madre que incurra en pena de muerte natural. — Recapitulación de la legislación sobre penas a los adúlteros. — Derogación de todas las penas por el Código penal. — Subsistencia de la calificación de hijos de dañado y punible ayuntamiento a los efectos civiles.

Pater est quem justæ nuptiæ demonstrant. Este es uno de los que pueden conceptuarse verdaderos axiomas jurídicos;

en él se comprende el resultado sintético deducido del completo análisis de la materia, y que por su misma importancia debe considerarse con la mayor detención, pues el menor error que se padeciera en su inteligencia y aplicación conduciría a las más perjudiciales consecuencias. Formulado en el preciso y magnífico lenguaje latino, lo primero que ocurre es la dificultad de traducirlo, que llega a la verdadera imposibilidad: no hay medio, a lo menos no lo conocemos, de expresar en castellano lo que la fórmula latina significa. Deberá, por lo tanto, calificarse de verdadero modismo, en el cual, mezclándose la recta significación de las palabras con el sentido figurado, y hasta por medio de una figura retórica, viene a atribuirse al sujeto una acción impropia y hasta incapaz de producir el objeto. Las justas nupcias demuestran quién es el padre; la verdad que se quiere significar, y que en la verdadera fórmula latina se significa, no es esta precisamente, y sí más bien que debe tenerse y jurídicamente se tiene por padre al varón que está legítimamente casado con la mujer de quien haya nacido el hijo de que se trata. Mas aun en este modo de explicar la idea se omiten muchas particularidades que es necesario comprender para tenerla por exacta, y que, sin embargo, ya por la mayor precisión del lenguaje latino, ya por la verdadera convención bajo la cual se admite la fórmula axiomática, no se duda que en ella se encuentran comprendidas.

Con esta ligera advertencia que hacemos, sin otro objeto que el de llamar la atención para evitar que, sin el necesario detenimiento, y, por lo tanto, incautamente, se quiera proceder del axioma para deducción de consecuencias que podrían ser aventuradas, podremos ya pasar a considerar su significación y fuerza científica. Desde luego se advierte que en la fórmula se comprende al padre y no a la madre, y en esto empieza ya a notarse el espíritu filosófico que ha precedido a su formación. Imposible es justificar por medio de una prueba completa, plena, filosóficamente hablando, quién es el padre, pues para ello sería preciso demostrar que la mujer no había podido unirse a otro hombre

que aquel a quien trataba de atribuirse la paternidad; de modo que únicamente realizando el supuesto de constituir un hombre y una mujer en esa imaginada situación, verificándolo *à priori*, como, por ejemplo, sucedió con nuestros primeros padres, llegaría el caso de tener que reconocer la existencia de la plena probanza filosófica relativamente a la paternidad. Por lo que hace a la madre, desde luego aparece la notable diferencia, puesto que es indudable que acerca de ello cabe la plena probanza, pues no sólo posible, sino fácil, es la justificación de que ha dado a luz al hijo o hija que se le atribuye. No quiere decir esto que sea exacto lo que vulgarmente suele decirse de que si el padre nunca es cierto, siempre lo es la madre, porque también puede dudarse acerca de la maternidad, como nos lo demuestra el juicio de Salomón, que aparece como uno de los hechos más demostrativos de su proverbial sabiduría, y, por consiguiente, como una de las cuestiones más difíciles de resolver para el entendimiento humano.

Siendo imposible la completa demostración filosófica de la paternidad, la ciencia jurídica necesitaba un criterio, y no encontrándolo en la Naturaleza, tenía que establecerlo de un modo ya humano; mas, en esta forzosa situación, no debía llevar su arbitrio más allá de lo necesario; por eso se ha referido el axioma únicamente al padre, precisamente porque no había necesidad de extenderlo a la madre, y por eso, estableciéndose una presunción de derecho por derecho, es decir, por un medio preceptivo, se ha determinado que el marido, el cónyuge legítimo de la mujer que da a luz una criatura, sea su padre, sea tenido por tal. Sin embargo, esto, como presunción, por más que sea de las que no admiten prueba en contrario, *juris et de jure*, de derecho y por el derecho, como ya queda explicado, debe de ser presumible y estar exento de lo que notoriamente y con tanta o mayor fuerza puede contradecirlo; es decir, que la presunción debe comprenderse en términos hábiles. Si, pues, la Naturaleza misma contradice los supuestos, imposible será su admisión. Tan exacto es que no puede llegarse a justificar, con plena prueba filosófica, la paterni-

dad, como que verdaderamente puede justificarse que un hombre no es hijo de otro: por evidencia directa habrá de admitirse la certeza de que no puede ser hijo, de que no lo es, en efecto, del marido, el que haya dado a luz la mujer después de dos años, por ejemplo, de haber estado separados, así como tampoco el que dé a luz al mes o a los dos meses de haberse unido con el mismo marido después de tan larga ausencia: de aquí la necesidad de que, al mismo tiempo que por el derecho se establece la presunción comprendida en el axioma, haya tenido también que determinarse el tiempo de la gestación para llegar a fijar los términos hábiles, y asimismo otras consideraciones, que también podrían contradecir la misma presunción, y que, en términos generales, se refieren a la impotencia para la generación. De las unas y las otras hemos tratado al ocuparnos en el matrimonio, pues lo referente a la impotencia queda explicado al tratar de los impedimentos dirimentes, y lo referente a la gestación, en el capítulo que dedicamos a los segundos matrimonios. Creemos que lo que allá diiimos es suficiente, y excusamos repetirlo, y sí sólo indicaremos que toda esta doctrina está considerada como verdaderamente jurídica en la sentencia del Supremo Tribunal, que en su sentencia de 17 de junio de 1848 consignó que la legitimidad se presume siempre en favor del matrimonio, no resultando nada en contra.

La idea de legitimidad se expresa en el axioma con la palabra *justœ*, que aunque formalmente sólo aparece referirse a *nuptiœ,* virtualmente se extiende a *pater,* por la necesaria relación en que se encuentran comprendidas las dos ideas. Habráse, por lo tanto, de reconocer que es padre legítimo, conforme al axioma considerado, el que aparece y resulta serlo por el legítimo matrimonio, entendiéndose por tal, entre nosotros, el que se contrae sacramentalmente, conforme al ritual canónico.

Este es el supuesto fundamental de la legitimidad, que podrá refundirse en las sencillas palabras: Es hijo legítimo el que procede de legítimo matrimonio, proposición en la cual, por sentido contrario, supuesto que es afirmativa, se

comprende la negativa contraria: No es hijo legítimo el que no procede de legítimo matrimonio; con lo que se viene a incurrir en la necesidad de distinguir, para llegar al completo conocimiento de la idea, los hijos en dos grupos principales, legítimos e ilegítimos, y subdividir los segundos en las diferentes especies que en derecho se reconocen; por manera que viene a resultar que, para llegar a la completa explicación de lo que es objeto de esta sección, se hace indispensable comprender en ella todo lo referente a ilegitimidad, para que de la tesis y la antítesis resulte la verdadera síntesis. Procederemos, por consiguiente, a examinar con la debida separación todas las especies indicadas.

Hijos legítimos. — Ya tenemos determinado, por la idea de la legitimidad, cuáles son los hijos legítimos, pero no podemos prescindir de la exposición de los textos legales que vienen en confirmación y determinación del concepto. En las leyes godas, y en las que de ella toman origen, como no puede menos de suceder, se reconoce el supuesto, y generalmente se explica llamándoles hijos de bendición o hijos habidos en mujer de bendición; de modo que en donde más precisamente se encuentra la explicación es en el Código alfonsino, cuyo título 13 de la Partida 4.ª está dedicado precisamente al objeto. En su preámbulo se manifiesta todo lo que distingue y ennoblece a los hijos legítimos, llamándoles derechureros o fechos segund ley, y la 1.ª dice así: «Legitimo fijo, tanto quier dezir, como el que es fecho segund ley; e aquellos deven ser llamados legitimos, que nascen de padre e de madre, que son casados verdaderamente, segund manda la Santa Eglesia. E aun si acaesciesse, que entre algunos de los que se casan manifiestamente en faz de la Eglesia, oviesse tal embargo porque el casamiento se deve partir, los fijos fiziessen, ante que sopiessen que avia entre ellos tal embargo, serian legitimos. E esto seria tambien, si ambos non sopiessen que y avia tal embargo, como si non lo sopiesse mas del uno dellos. Ca el non saber deste solo, faze los fijos legitimos. Mas si despues que sopiessen ciertamente que avia entre ellos tal embargo, fiziessen fijos, todos

quantos fijos despues oviessen, non serian legitimos. Pero si algunos, mientras que oviesen tal embargo, non lo sabiendo ambos, o el uno dellos, fuessen acusados ante alguno de los Juezes de Santa Eglesia; e ante que el embargo fuesse provado nin la sentencia dada, oviessen fijos; quantos fijos fizieren, entre tanto que estuvieren en esta dubda, todos serian legitimos. Otrosi son legitimos los fijos, que ome ha en la muger que tiene por barragana, si despues desto se casa con ella. Ca magüer estos fijos atales non son legitimos quando nascen, tan grand fuerza ha el matrimonio, que luego que el padre, e la madre son casados, se fazen por ende los fijos legitimos. Esso mismo seria, si alguno oviesse fijo de su sierva, e despues desto se casasse con ella. Ca tan grand fuerza ha el matrimonio, que luego ques fecho, es la madre por ende libre, e los fijos legitimos.»

Tenemos en el principio de esta ley la definición de los hijos legítimos en un todo conforme con la que ya dejamos formulada. Sigue después considerando el concepto de si en el matrimonio que se supone verdadero y legítimo existe algún vicio que lo invalide o anule, de si entre los que se suponen legítimos cónyuges hay algún impedimento dirimente, y declara que cuando los dos o uno solo de ellos han procedido de buena fe, y en ella estaban o estaba cuando la procreación, los hijos o el hijo serán tenidos por legítimos hasta tal punto, que aun si la unión se hubiera verificado después de iniciada la sospecha, pero antes de probarse el impedimento y de declararse justificado por legítima sentencia, el hijo deberá tenerse por legítimo. Conforme también con esto se encuentran las prescripciones canónicas. En el capítulo 2.°, título 17, libro 4.°, Decretales, se declara que aun disuelto el matrimonio, si se ha contraído en faz de la iglesia, son legítimos los hijos engendrados o concebidos antes de la sentencia. Por el 11 del mismo título se decide que para declarar ilegítima la prole no basta probar el impedimento del matrimonio si éste fué contraído en faz de la iglesia, y por el 14 se decide que si el casado que vive o se casa con otra mujer que lo igno-

ra, la prole es legítima. Sin embargo, para determinar el concepto, aun dentro de la idea de legitimidad, a los hijos comprendidos en el supuesto que estamos examinando se les llama putativos, de la misma manera que a los matrimonios de que proceden, como ya en su lugar explicamos. Concluye la ley declarando también legítimos los hijos que proceden de concubinato si los padres contraen con posterioridad verdadero matrimonio; pero éstos, si son legítimos, es porque son legitimados, y, por lo tanto, esta parte de la ley tendrá su verdadera explicación en la sección siguiente. Mas todavía, para la determinación de cuáles son los hijos putativos, es preciso tener presente lo determinado por la ley 2.ª, título 15, Partida 4.ª, que dice así: «Celadamente, e en escondido, se casan algunos, e facen fijos. E si entre los que assi se casan, fuesse fallado tal embargo, porquel casamiento se ouisse a departir, los fijos que fiziessen estos atales, non serian legitimos: e non se podrian escusar, magüer dixessen que non sabian el embargo ambos, o el uno dellos. E esto es porque sospecha es contra ellos, que non lo quisieron saber, si auia entre ellos tal embargo por que non deuian casar, pues que se casaron encubiertamente. Otrosi, non serian los fijos legitimos, de aquellos que sopiessen que auia entre ellos atal embargo porque non deuian casar; magüer se casassen manifiestamente en faz de la Eglesia, e non denunciasse otro alguno el embargo, non fuessen por ende acusados.....»

No encontramos necesidad de dar a este punto mayor explicación que la que de sí mismo arroja el texto legal, pero sí creemos indispensable fijar la consideración en lo que a seguida se consigna en la misma ley, que dice así: «E otrosi non son legitimos ningunos de cuantos fijos nascen de padre e madre que non son casados segun manda Santa Madre Eglesia», porque viene a ser la ratificación en sentido negativo de lo que en sentido afirmativo declara la ley 1.ª, título 13 de la misma Partida.

La ley 2.ª del citado título 13, Partida 4.ª, dice así: «Honrra con muy grand pro, viene a los hijos con ser legitimos. Ca han por ende las honrras de sus padres. E otrosi

pueden recibir dignidad e orden sagrada de la Eglesia, e las otras honrras seglares; e aun heredan a sus padres, e a sus abuelos, e a los otros sus parientes, assi como dize en el título de las herencias: lo que non pueden fazer los otros que non son legitimos.» En esta ley con toda claridad se expresan las honras y preeminencias de los hijos legítimos: pueden comprenderse en la proposición de que en todos y para todo son preferidos a los ilegítimos; mas la explanación de la idea y su aplicación concreta a todos los supuestos que en ella se comprenden, no puede ser objeto de la parte en que nos estamos ocupando, por tener que referirse a otros tratados, y especialmente a los que han de tener por objeto los derechos hereditarios.

Réstanos, para concluir lo concerniente a los hijos legítimos, hablar de los llamados póstumos. Estos son los que, por existir ya concebidos en el lecho materno, nacen después de la muerte de su padre, y la palabra etimológicamente significa la misma idea, pues se forma de las *post* y *humus,* que quiere decir posterior a la inhumación o enterramiento. La ley 20, título 1.º, Partida 6.ª, dice así: «*Posthumus* es llamado en latin, propiamente, el mozo que nasce despues de muerte de su padre. E desta misma manera puede ser llamado el fijo que nasció despues que el padre ha fecho el testamento postrimero. E estos fijos atales quebrantan los testamentos de sus padres, en que non oviessen seydo establecidos por herederos. Otrosi dezimos, que si alguno oviesse fecho testamento, e despues porfijasse á otro, de manera que el porfijado se tornasse en poder del, que por tal porfijamiento se desataria el testamento, que ante oviesse fecho aquel quel porfijó.» En esta ley, y en su primera parte, se encuentra la definición del hijo póstumo, en entera conformidad con la que dejamos formulada. Se indica que con la misma palabra puede significarse el concepto, con referencia, no a la muerte, sino al testamento del padre: se ha querido sostener que, para determinar o diferenciar el significado del uno al otro concepto, la palabra debía escribirse con *h* en el primero y sin ella en el segundo; no encontramos ninguna razón para ello, porque

para nosotros la verdad es que, siendo el sentido recto el que se refiere a la muerte, con referencia al testamento se toman en sentido figurado. Por lo demás, todo cuanto en la ley se determina concierne más a los derechos hereditarios y a los efectos que el nacimiento del póstumo produce con relación a los testamentos que a la materia en que nos estamos ocupando, por lo que, y porque de ello en su lugar tendremos que tratar, cumplimos al presente con esta ligera indicación.

Pero, por lo mismo, nos es forzoso considerar detenidamente los requisitos que jurídicamente se hacen necesarios para atribuir al padre ya difunto la paternidad del póstumo. Todos ellos se reducen a asegurar el supuesto de que la madre, al morir su marido, llevaba ya efectivamente en su seno la criatura que nace con posterioridad, y a evitar suplantación o falsedad en la identidad de la persona. La ley 3.ª, título 6.º, libro 3.º del Fuero Real dice así: «Si el que muriere dexare su muger preñada, e no hobiere otros fijos, los parientes mas propinquos del muerto en uno con la muger escriban los bienes del muerto ante el Alcalde; e tengalos la muger, e si despues nasciese fijo ó fija, e fuere baptizado, haya todos los bienes del padre: e por que no se pueda fazer engaño en la nascencia del fijo ó de la fija, el Alcalde, con los parientes sobredichos, pongan dos mugeres buenas, al menos que esten delante á la nascencia con lumbre: y no entre otra muger á aquella hora fuera aquella que la hobiere á servir á la parición: y esta sea bien catada, que no pueda fazer engaño: e si la criatura muriere ante que sea baptizada, hereden su buena los parientes mas propinquos del padre, e no de la madre: e si despues que fuere baptizada muriere, heredelo la madre.» La ley 17, título 6.º, Partida 6.ª, que por su demasiada extensión excusamos copiar íntegramente, con exagerada escrupulosidad explica y aglomera los requisitos de precaución que, al objeto de justificar el parto, deben observarse; sin embargo, concluye diciendo: «E si esta muger sobredicha, de que fue dubda si era preñada ó non, non se quisiesse dexar catar el vientre, ó non quisiere que la guar-

dassen, assi como sobredicho es, ó en otra manera que fuesse guisada, e vsada en el logar do vive, magüer pariesse, e viviesse el fijo, non le entregarian de los bienes del muerto; á menos de ser provado que la criatura nasciera della, en tiempo que pudiera ser fijo ó fija de su marido.» De esta a manera de recapitulación de todo lo que la ley determina, lógica y jurídicamente se desprende que las precauciones y medios de justificación se establecen en concepto de suficientes y verdaderamente conducentes a la fijación de la verdad, empero sin excluir ni rechazar otras que puedan producir el mismo resultado, por lo que lo común en semejantes casos es que, dado el aviso de la preñez por la viuda, y citándose judicialmente a los que pueden tener interés contrario, con la audiencia de ambas partes, con conocimiento y especificación de las circunstancias especiales que concurren, se determinen las precauciones necesarias y suficientes, bien de un modo convencional, bien por el prudente arbitrio judicial.

Expuesto todo lo que creemos necesario acerca de los hijos que deben comprenderse en la calificación de legítimos, y siguiendo nuestro indicado propósito de ocuparnos en esta sección también de los ilegítimos, para por este medio llegar a la completa explicación de la materia, podemos empezar repitiendo que son hijos ilegítimos todos los que no proceden de verdadero matrimonio, en entera conformidad con lo anteriormente expuesto y con el párrafo inicial del título 15, Partida 4.ª, que dice así: «Fijos han á las vegadas los omes, que non son legitimos, porque non nascen de casamiento segund ley. E como quier que Santa Eglesia non tenga, nin aya por fijos derechureros, á tales como estos.» Indícanse también en este mismo párrafo otras diferentes materias que en el mismo título se comprenden, y la ley 1.ª se dedica a la exposición de «que quiere decir fijo ilegítimo, ó porque razones son á tales, e quantas maneras son dellos». En esta ley, por consiguiente, se encuentran, por decirlo así, todas las indicaciones de lo que ha de ser objeto de nuestra consideración; mas como en cada una de ellas hemos de necesitar acudir, para su

explicación, al examen de otros textos legales y aun de otros diferentes Códigos, para proceder por un método conducente al buen resultado, creemos conveniente ir, con la debida separación, examinando cada una de las diferentes especies que en el género se comprenden.

Hijos naturales.—Tenemos que empezar confesando que la determinación de cuáles son hijos naturales según nuestro derecho es uno de los puntos más difíciles de la materia en que nos estamos ocupando, y a la par de los más interesantes, porque no sólo en ella, sino en otras, tiene que entrar, por supuesto, para la jurídica aplicación de los principios que se reconocen y los preceptos que se encuentran establecidos. Toda la dificultad puede refundirse en la que produce la inteligencia e interpretación de la ley 11 de Toro, por la cual se modificaron los conceptos que hasta su publicación regían, de los que vino a resultar que, derogadas las determinaciones legales a la sazón existentes, se estableció otro criterio, que, lejos de producir claridad, produjo confusión, originando la duda que sin exageración puede calificarse, si no de invencible en el derecho, porque al fin el texto legal sirve para vencerla, sí en la moral y en la razón, porque a todas luces aparece el precepto contrario a la moralidad y a lo que lógicamente debe deducirse. Tiene además el texto legal el gravísimo inconveniente de estar redactado en términos que conocidamente se separan de las reglas más admitidas en gramática; por manera que en nada de cuanto se ha hecho hasta el presente ha sido bastante a producir la satisfacción de haber llegado a conocer la verdad. Con toda franqueza exponemos el estado de la cuestión, y claro está que al proceder de este modo lo hacemos para que se comprenda que no tenemos la jactancia de llegar a lo que los demás no han llegado: que desde luego calificamos de inexplicable la citada ley, pero que afortunadamente por otras disposiciones posteriores, y que parece que en nada se rozan con la materia, hoy día, y desde que se publicó el Código penal, puede encontrarse explicación y aplicación que hasta cierto punto satisfaga. En estas ligeras indicaciones se encierra cuanto debe con-

siderarse para la exposición de la materia, y la necesidad de proceder en ella con sumo cuidado y exquisito método. Se trata de definir, de determinar cuáles de entre los ilegítimos deben tenerse por hijos naturales: desde luego ya se empieza por separarlos de los legítimos, y, por consiguiente, el verdadero objeto se reduce a distinguirlos de los otros con los cuales puedan confundirse. Para la exposición, pues, de todo lo que es preciso considerar nos veremos en la necesidad de mezclar los supuestos que inmediatamente se relacionan con la determinación de cuáles son los hijos naturales, con los que deben considerarse para fijar cuáles son los que deben comprenderse en las otras especies de ilegítimos; por manera que, aunque siguiendo nuestro método, procuraremos presentarlos con la debida separación; hasta tanto que todas las diferentes clases no queden completamente explicadas, no podrá aparecer, con la necesaria determinación, la especialidad de cada una de ellas.

Según la ley 1.ª, título 15, Partida 4.ª, aparecía perfectamente determinado cuáles de los hijos ilegítimos debían ser naturales. Dice así: «Naturales, e non legitimos, llamaron los Sabios antiguos á los fijos que non nascen de casamiento segund ley; assi como los que fazen en las barraganias.» Al tratar del matrimonio y en un capítulo especial hemos expuesto todo lo concerniente al concubinato o barraganía; refiriéndonos a lo que allá dijimos, podremos decir aquí que, una vez conocida la índole de esta unión, aunque ilícita tolerada, se comprende perfectamente el sentido de la disposición legal que estamos examinando, pudiéndolo refundir en la fórmula de que por las leyes de Partidas eran hijos naturales los habidos en concubinato. En la ley 8.ª, título 13, Partida 6.ª, se dice: «Sin testamento muriendo ome, que non dejasse fijos legitimos, su fijo natural que oviesse avido de alguna muger de que non fuesse dubda que la el tenia por suya, e que fuesse el fijo engendrado en tiempo que el non oviesse muger legitima, nin ella otrosi marido.» Y ya desde luego, al considerar estos dos textos legales para concordarlos, surge la cuestión de si deberán calificarse de hijos naturales únicamente los habidos en verdadero con-

cubinato, o si deberá extenderse la calificación a los habidos por hombre soltero en mujer soltera, aunque ella no sea su concubina. Para que lo fuera conforme a los preceptos que entonces regían era preciso que el hombre tuviera en su casa a la mujer, que fuera sola, y los otros requisitos que en su lugar quedaron explicados. Todo esto, pues, parece que se requiere para admitir la calificación, según las palabras de la ley 1.ª de las citadas, y ya, conforme a la 2.ª, parece que se prescinde de todas estas exigencias y sólo se establece como necesaria la de que no quepa duda de las relaciones entre el hombre y la mujer y que el hijo sea engendrado en tiempo en que el hombre no tuviera mujer legítima ni ella marido. Sobre esta primera cuestión han discurrido y trabajado mucho los comentaristas, queriendo ir a buscar su solución en el derecho romano, como puede verse en el comentario a la citada ley 11 de Toro del Sr. Llamas y Molina. Nosotros creemos excusado el detenernos en este punto, aunque sí muy conveniente indicarlo, porque es uno de los supuestos o conceptos que se resolvieron en la misma ley 11 de Toro. De este modo, y refiriéndonos a la misma cita del Sr. Llamas y Molina, que, como último comentador entre los clásicos, se hace cargo y expone lo que los anteriores habían dicho, y siendo lo cierto que ni en el Fuero Juzgo ni en todos los demás Códigos de origen gótico se encuentra cosa verdaderamente decisiva sobre la cuestión, podemos ya pasar al verdadero examen de ella, abordando la disposición legal en la que con otras muchas se comprende.

Entremos, pues, en la ley 11 de Toro (1.ª, título 5.°, libro 10 de la N.); dice así: «E porque no se pueda dubdar cuales son los fijos naturales, ordenamos e mandamos que entonces se digan ser los fijos naturales, cuando al tiempo que nascieren ó fueren concebidos, sus padres podian casar con sus madres justamente, sin dispensacion, con tanto que el padre lo reconozca por su fijo, puesto que haya tenido la muger de quien lo ovo en su casa, ni sea una sola: ca concurriendo en el fijo las calidades susodichas mandamos que sea fijo natural.» Esta ley debe con-

siderarse íntimamente relacionada con las dos que la anteceden: en la 9.ª se disponía la gradual preferencia con que debían entrar a heredar a sus padres los legítimos y los ilegítimos. La 10 tuvo por objeto la determinación de los alimentos con que los padres debían o podían asistir a sus hijos ilegítimos; y como en una y otra se hablaba de naturales, en la 11 se trató de determinar el concepto, fijándose cuáles eran los que debían tenerse por tales. De aquí han querido algunos deducir que lo comprendido en esta ley 11 no se estableció en concepto de generalización, y sí sólo como aplicable a las materias concretas de herencias y alimentos. Si esto se admitiera, vendría a resultar que la regla general para fijar la calificación de hijos naturales hubiera de establecerse por lo determinado en la legislación de las Partidas, si bien con la excepción de que en las dos indicadas materias se determinara el concepto por lo establecido en la ley de Toro. Pero para nosotros esto no es más que un esfuerzo de ingenio, y, lo que es peor, ineficaz y sin ningún resultado práctico, porque no se consigue por este medio la solución a ninguna de las dudas, y sí sólo el aumentar una más a las muchas existentes. Por otra parte, en el estado en que se encontraba la legislación vigente en tiempo de los Reyes Católicos, o, si se quiere, de su hija doña Juana, con relación a las costumbres, era indispensable la aclaración, la determinación del concepto fundamental de la calificación de hijos naturales, porque ya, si no por completo, se había extinguido en mucha parte el concubinato; ya se habían dictado leyes que, lejos de tolerarlo, lo prohibían; ya, por consiguiente, faltaba el supuesto de que anteriormente se partía para determinar cuáles habían de ser considerados hijos naturales; ya era, pues, indispensable admitir otro supuesto, modificando el criterio.

La modificación consistió, como no podía menos de consistir, en prescindir del supuesto anteriormente fundamental, y el criterio establecido se redujo a tener por hijos naturales los que procedieran de la unión carnal del hombre y la mujer que pudiera ser legítima por no haber impedimento que se opusiera, pero que no lo era por no ser le-

gítimo y sacramental matrimonio. Esta, a todas luces, con toda claridad, aparece que fué la idea sustancial, el propósito fundamental de los legisladores de Toro; mas desde luego se ve también con igual claridad que, comprendiendo la dificultad de su exacta aplicación, quisieron explicarla para hacerla verdaderamente aplicable, y, al intentar la realización de su propósito, no llegaron a conseguirlo, incurriendo en los inconvenientes ya indicados; lo que a la verdad nada tenía de extraño, si se consideran las dificultades con que tuvieron que luchar.

Veamos, por lo tanto, qué es lo que en la ley aparece claro y terminante, y qué es lo que, por el contrario, produce las dudas y cuestiones que sobre su inteligencia se han suscitado. Nada diremos de su modo de empezar: en él aparece laudable propósito de resolver y evitar dudas; desgraciadamente, frustrada quedó la buena intención de sus autores. Hemos ya dicho que en su redacción se faltó hasta a las buenas reglas gramaticales, y así es lo cierto, si bien no lo es menos que la duda que de esto se origina está ya resuelta y decidida por el unánime asentimiento de todos los que en su examen y explicación se han ocupado; sin embargo, no podemos menos de indicarla, aunque no sea más que para justificar nuestra proposición, puesto que algo tiene de osadía, y porque la frase merece, en otros conceptos, particular consideración. Después de mandar y ordenar la ley que se tengan por hijos naturales los que al tiempo que nacieren o fueren concebidos podían sus padres casarse justamente sin dispensación, dice: «Con tanto que el padre lo reconozca por su hijo, puesto que haya tenido la mujer de quien la ovo en su casa ni sea una sola.» Indudablemente, aquí hay una falta de gramática: la partícula *ni* es conjunción negativa, y hasta puede decirse que es una síncopa o abreviación de *y no;* debe, por consiguiente, referirse a otra idea también negativa, pues es imposible unir lo afirmativo con lo negativo, y en el texto legal se refiere a una proposición afirmativa. Resulta, por lo tanto, que, o en el supuesto anterior falta una negación que convierta la idea afirmativa en negativa, o que en el inciso en que se

encuentra la particula *ni* está equivocada, y debe quitarse, sustituyéndola con la *y;* por manera que la oración debe estar expresada o diciendo «puesto que no haya tenido la muger de quien la ovo en su casa, ni sea una sola», o «puesto que haya tenido la muger de quien la ovo en su casa y sea una sola».

Conformes nosotros con todos los que nos han precedido en el examen de esta ley, y fundando nuestra opinión en las consideraciones que ya dejamos expuestas, hasta sin dudar nos decidimos por aceptar el primer sentido, admitiendo y proclamando como incuestionable que el objeto y determinación de la ley fué declarar, que para que el hijo se tuviera por natural, no era requisito indispensable que el hombre lo hubiera procreado en la mujer que tuviera en su casa, ni que fuera una sola; por manera que como concurran en él las demás circuntancias que en la misma ley se establecen, no importa que la mujer viva separada del hombre, ni que éste en la misma época de la concepción, aun conocidamente, se haya unido a otra u otras mujeres; de lo que viene a desprenderse que un hombre pueda tener hijos que deben calificarse verdaderamente de naturales de dos o más mujeres, aunque el supuesto de las procreaciones se refieran y comprendan en un mismo período o época de gestación. Esto, por la legislación de las Partidas, ofrecía alguna duda, pues si bien por la 1.ª, título 15, Partida 4.ª, parece debía resolverse en sentido negativo, por la 8.ª, título 13, Partida 6.ª, aparecía resuelto en el afirmativo; y es indudable que por la 11 de Toro, salvada la inexactitud gramatical, se resuelve favorablemente a la naturalidad, pues por ella naturales están declarados los hijos engendrados en mujer que ni sea sola ni viva en casa del padre, siempre que concurran los demás requisitos exigidos por la misma.

Uno de ellos es el reconocimiento del padre, y la ley lo expresa con estas palabras: «Con tanto que el padre lo reconozca por su hijo.» Al indicar el método que nos proponemos seguir en este capítulo, hemos dicho que en una sección especial trataremos de los hijos reconocidos, por-

que la materia es suficiente extensa e interesante para merecer siquiera un epígrafe especial. Pero no podemos prescindir en este lugar de exponer algunas consideraciones sobre esta exigencia legal. Mientras el supuesto fundamental y preciso para que los hijos se considerasen naturales era el concubinato, del hecho mismo resultaba la prueba suficiente de paternidad, porque siendo lo cierto que el hijo nacía de la concubina, constando que vivía con el concubinario, consiguientemente lógico era reputar por padre al que en tal estado vivía con la madre: no era, por lo tanto, preciso probar lo que lógica y legalmente se presumía. Pero desde el instante en que faltó el fundamento para la presunción, desde que se formulaba una ley por la cual ya no era preciso, para tener el hijo por natural, que sus padres vivieran en concubinato, venía a producirse la necesidad de otro género de prueba, y la que se estableció fué el reconocimiento. Aquí vuelve a aparecer la necesidad de concordar las dos leyes de Partidas, ya tantas veces citadas. Por la 1.ª, título 15, Partida 4.ª, se declaraba la naturalidad de los hijos, tomando, al parecer, como única causa el concubinato. Por la 8.ª, título 13, Partida 6.ª, se admitía que fueran habidos por hijos naturales los engendrados por hombre soltero y mujer soltera, sin exigir para ello que vivieran en concubinato. Ahora bien: el verdadero modo de concordarlas se reduce a suponer que, en el caso de la segunda de estas leyes, se probará la filiación, y claro está que la prueba más completa y terminante era el reconocimiento del padre; por manera que en la ley 11 de Toro se admitió, en cuanto a esto, la doctrina de la 8.ª, título 13, Partida 6.ª, estableciéndose el modo de fijar el concepto, de comprobar el supuesto que en ella se tomaba por fundamental. Si el reconocimiento ha de ser expreso, o basta que sea tácito, si tiene que ser voluntario, o basta el impuesto o forzoso, son cuestiones que con otras consideraremos en la ya indicada sección especial, y con esto podemos ya llegar a lo que indudablemente resulta de más difícil examen y determinación.

Es indudable que la ley reconoce por hijos naturales, y

ordena y manda que sean comprendidos en esta calificación, a los que procedan de padres que, al tiempo de la concepción o del parto, puedan casarse justamente sin dispensación. Empecemos por examinar esta última condición. ¿Qué significa justamente sin dispensación? ¿Es un pleonasmo? Los dos modos ¿tienen un mismo significado? La frase sin dispensación, ¿quiere decir lo mismo que justamente? No faltan autores que así lo han entendido, para nosotros incurriendo en un gravísimo error. Con dispensación se contrae justamente el matrimonio por todos aquellos entre los cuales existe un impedimento impediente, y es claro que, contratándolo sin dispensación, por más válido que sea, injustamente lo contraen. Respecto de los impedimentos dirimentes dispensables, resultará también que, previa su dispensación, justamente se contraerá el matrimonio, aunque si la dispensación no se consigue, el contraído sea nulo: por manera que a todas luces resalta la diferencia de los dos conceptos expresados con cada una de las dos locuciones o fórmulas, y, por consiguiente, que la ley exige, para que los hijos sean habidos por naturales, que sus padres puedan casarse sin necesidad de dispensa o dispensación, justamente, es decir, sin contravención, sin violación, sin infracción de ningún precepto civil ni canónico. No basta, pues, para que los hijos sean naturales, que sus padres puedan casarse justamente, si para ello necesitan dispensación, de lo que, en último término, vendrá a resultar que no pueden tenerse por hijos naturales los que nazcan de padres entre los que exista algún impedimento dirimente o impediente civil o canónico. El que ya ha obtenido la dispensación, ¿la necesita? Si dos parientes, después de obtener la dispensa, y antes de celebrar el matrimonio tienen acto carnal, de él resulta procreación, y lo procreado nace también antes de celebrarse el matrimonio, ¿será natural o incestuoso?

Mas todavía aparece otra dificultad: el impedimento dispensado empece para la calificación de la naturalidad del hijo. Si éste es habido por padres entre los cuales existía impedimento para casarse justamente, pero que ya po-

dían hacerlo por haberse dispensado el pedimento, ¿será o no natural? Para fijar más todavía la cuestión, acudiremos a la suposición práctica, presentándola en un ejemplo. El que tiene hecho voto simple de castidad no puede casarse justamente sin dispensación: el hijo que procree bajo tal condición no puede ser natural; mas supongamos que pide y obtiene dispensa del voto, y en tal estado procrea en mujer con la cual puede casarse, y ya justamente, sin violación de ningún precepto civil ni canónico, el hijo ¿será o no natural? Fundados en lo terminante que se encuentra el texto legal, opinamos por la negativa, porque, aunque quiera llevarse la argumentación al supuesto de que en el hecho de tener la dispensación implícitamente se comprende el concepto de no necesitarla, la verdad es que para poderse casar justamente la necesita, y sin ella faltaría a uno de los requisitos que, como necesarios y copulativamente, exige la ley; por consiguiente, el supuesto de la argumentación contraria tiene que rechazarse por sofístico, como una de esas proposiciones que, aunque parecen verdaderas, se implican con las mismas consecuencias que de ellas quieren deducirse, y no es verdad que el que ha conseguido una cosa deje de necesitarla, aunque por más que lo sea el supuesto de que el que ha conseguido una cosa no tenga necesidad ni aun posibilidad de volverla a conseguir.

Mas para el completo análisis resta todavía considerar otro supuesto. Los impedimentos para el matrimonio, además de dividirse en dirimentes e impedientes dispensables e indispensables, pueden también dividirse bajo el concepto de que unos concluyen por tiempo y otros no, y, si se quiere, llamando a los unos perpetuos, y a los otros temporales: el ligamen, por ejemplo, es dirimente e indispensable, pero temporal, porque, disuelto el matrimonio por la muerte, concluye el impedimento. El que resulta de la necesidad de competente licencia para contraer matrimonio es impediente, pero temporal, cuando hay que obtener el permiso tan sólo por razón de edad, pues, en llegando a cumplirla, concluye. Por el contrario, el que procede del voto, ya sea solemne o simple, y, por consi-

guiente, dirimente o impediente, será perpetuo, porque sólo puede concluir por dispensación en los casos que procede. Esta distinción, que parece tan sutil, que comúnmente se omite, y que nosotros mismos la omitimos cuando en el tratado de matrimonio nos ocupamos, especialmente en la materia de impedimento, es, sin embargo, de sumo interés para procurar científicamente la inteligencia de la ley de Toro por medio de su analítico examen, por la sencilla razón de que en ella se distingue de un modo muy notable el tiempo de la concepción del del parto, y puede suceder que el impedimento que existiera en el primero haya dejado de existir cuando llega el segundo, por ser temporal. Los romanos, en su antigua legislación, tomaban la razón de ser del hombre de la concepción: consideraban el nacimiento, no como principio de ser, no como causa, sino como consecuencia, como efecto. Terminantemente se ve la prueba de esta proposición en la ley 11, título 5.°, libro 1.°, Digesto, que por temor a incurrir en alguna tergiversación de concepto, copiamos literalmente:

«Si filia patre ignorante conceperit, eoque mortuo peperit. Paulus respondit, eum, qui vivente patre ignorante de coniuntione filiæ conceptus est, licet post mortem avi natus sit, yustum filium ei, quo conceptus est (esse) non videri.» Es claro, por esta contestación, que el vicio que al tiempo de la unión producía la falta de conocimiento o consentimiento paterno, no se purgaba por el hecho de que al tiempo del nacimiento ya no fuera necesario el mismo requisito ni aun posible. Este rigorismo del derecho antiguo se muestra ya relajado en el moderno o Justiniano, pues en la ley 11, título 27, libro 5.° del Código, y en el capítulo 8.° de la Novela 89, viene a establecerse que la razón de ser se tome más bien del parto que de la concepción, y, en último resultado, que en todo lo concerniente a filiación se tome para fijar el tiempo de la existencia lo que sea más favorable al hijo, ya la concepción, ya el nacimiento.

Con estos antecedentes podemos entrar ya a considerar lo que la ley 11 de Toro establece en primer término, y que, sin embargo, lo hemos dejado para el último, porque para

su recto examen e inteligencia es preciso el conocimiento de todo lo demás. Prefiere la aptitud de los padres para casarse justamente sin dispensación, disyuntivamente, al tiempo del nacimiento o al de la concepción; de modo que si en cualquiera de los dos tiempos los padres podían casarse justamente sin dispensación, aunque en el otro existiera cualquier impedimento que a ello se oponga, el hijo será natural.

El precepto está claro y terminante. Considerado por su literal contexto, sólo puede ofrecer una duda, que apenas lo es por su fácil resolución, pues consiste en lo indeterminado que siempre es el momento de la concepción: el del parto es cierto, y puede justificarse hasta la completa satisfacción; no sucede lo mismo con el de la concepción; pero supuesto el período legal que con referencia al parto las leyes admiten para atribuir la concepción a determinada persona, no será posible negar al hijo el beneficio de natural si en todo ese mismo período sus padres han estado en la situación exigida, por lo mismo que dentro de él es imposible determinar el momento de la concepción. Si, pues, tan claro aparece el precepto legal, considerando directa y exclusivamente su contexto legal, ¿en qué consiste la dificultad, que ya hemos indicado llega a ser insuperable? Consiste precisamente en que el precepto, tan pronto como se acude a deducir sus consecuencias, aparece en oposición a la moral y a la recta razón, y por lo mismo que se encuentra tan terminante, la lucha es tanto más violenta, sin dejar términos hábiles para concordar los dos supuestos contrarios. La tantas veces citada ley 8.ª, título 13, Partida 6.ª, exigía, para que el hijo se tuviera por natural, la soltería de los padres al tiempo de la concepción, siguiendo en esto la máxima del antiguo derecho romano. La ley 11 de Toro parece que optó por la doctrina del derecho Justiniano, puesto que expresa en primer lugar el nacimiento y luego añade la concepción. La razón no puede ser otra que la que guió al célebre legislador romano: la de favorecer en todo lo posible la condición de los hijos, siempre inocentes, por más culpables que hayan

sido sus padres; pero, aun admitiendo este criterio, aun proclamando esta razón, la dificultad, en lugar de desvanecerse, crece, pues llega a resultar que los hijos frutos de uniones más disculpables sean menos favorecidos que los que proceden de otras mucho más repugnantes.

Hemos visto que, conforme al texto legal, no puede tenerse por hijo natural el procreado por el que haya hecho voto simple de castidad, aunque lo haya sido después de haber obtenido dispensa del impedimento, y por el mismo texto legal es preciso admitir que sea habido por hijo natural el concebido en adulterio, si, al tiempo de nacer, sus padres podían casarse justamente sin dispensación, puesto que se realiza uno de los dos supuestos que disyuntivamente exige la ley. Esto, preciso es decirlo sin ambages, repugna a la recta razón, y ni aun cabe en el concepto de favorecer a los inocentes, pues no lo será más el hijo en un caso que en el otro; lo rechaza también la sana moral, porque el vicio, tan grave que no puede menos de calificarse de pecado mortal y de crimen punible hasta con la pena de muerte, como por mucho tiempo ha estado condenado, viene a purgarse, no en sí mismo, sino por una causa extraña, cual es la disolución del vínculo que producía el impedimento dirimente. He aquí la inmensa dificultad, en cuya consideración los autores formulan la cuestión en los términos siguientes: El hijo concebido en tiempo en que sus padres, o alguno de ellos, estaban ligados con otro matrimonio, y que al tiempo de nacer, por haber muerto el consorte del adúltero o de la adúltera, se hallaban en aptitud de poder casarse justamente y sin dispensación, ¿será natural o adulterino? Ya hemos anticipado nuestra opinión de que, conforme al estricto contexto legal, debe tenerse por natural; mas también hemos dicho, indicando desde el principio la dificultad de la resolución, que para ella era preciso tomar en cuenta todo lo referente a la determinación del concepto de hijos adulterinos, pues siendo verdaderamente el objeto la distinción por comparación de los unos y los otros, mal puede llegarse a conseguirla si no se conocen bien los dos conceptos comparables, aunque

distintos. Pasaremos, por lo tanto, al examen de los que deben comprenderse en la calificación de

Hijos adulterinos. — Según la ley 1.ª, título 15, Partida 4.ª, son hijos adulterinos «los fornezinos que nascen de adulterio, y tambien son llamados notos porque semeja que son fijos conoscidos del marido que la tiene en su casa, e non lo son». Mucho se han ocupado los autores en inquirir la etimología de la palabra notos para poder llegar a fijar su significado: mayor ha sido el trabajo que el interés, porque, en último resultado, la cuestión es más sobre palabras que sobre cosas, y, puesto que tiene una explicación legal, creemos inútil el empeño en llegar a encontrar otra, que sería puramente gramatical. Prescindiendo, pues, de la disputa, y conforme a la ley citada, definiremos los hijos adulterinos diciendo que son los que nacen de adulterio, y que también son llamados notos. Esto supuesto, lo que resulta verdaderamente interesante es fijar cuáles son los hijos que deben suponerse nacidos de adulterio, pues, una vez determinado el concepto, determinado quedará también cuáles son los que deben calificarse de adulterinos. En el título de matrimonios y capítulo del divorcio tuvimos que tratar con bastante latitud acerca del adulterio, y considerando entonces la materia más bien con referencia al derecho canónico que al civil, sin dejar empero de notar la diferencia, dijimos que comete adulterio el hombre casado o soltero que yace con mujer casada, así como también el hombre casado que yace con mujer soltera, con la diferencia de que cuando los dos son casados, y no entre sí, el adulterio se llama doble. Sobre esto no cabe duda; pero, concretamente al derecho civil, la idea se encuentra notablemente restringida, y es forzoso limitarla al supuesto de que la mujer sea casada: de modo que no puede calificarse de adulterio la unión del hombre casado con mujer soltera o viuda. La ley 1.ª, título 17, Partida 7.ª, dice: «Adulterio es yerro que home faze a sabiendas yaciendo con muger casada ó desposada con otro», y el art. 358 del Código penal: «Cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido, y el que yace con

ella sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio» (1). Si, pues, tomamos la definición de los hijos adulterinos directamente de una ley de las Partidas, reconociéndola como único criterio legal, puesto que desde entonces hasta el presente no ha sido modificado, y sí, por el contrario, se ve confirmado, forzoso es admitir que el concepto a que se refiere debe tomarse también del mismo cuerpo de derecho, viniéndose a parar en que sólo pueden calificarse de hijos adulterinos los que nazcan de mujer que, siendo casada, los haya concebido de hombre que no sea su marido.

El hijo, pues, de hombre casado y mujer soltera no es adulterino por la legislación de las Partidas. No ha dejado, sin embargo, de existir dudas acerca de esto, fundadas en lo que se determina al final de la ley 2.ª, título 15, Partida 4.ª, que dice así: «Otrosi, decimos que si alguno que ouiesse muger á bendiciones fiziesse fijos en barragana biuiendo su muger, que estos fijos atales non serian legitimos; magüer despues desto se muriesse la muger velada, e casasse con la barragana; e esto es, porque fueron fechos en adulterio.» Indudablemente, por esta ley se declara adulterino el hijo de mujer que no esté legítima y canónicamente casada; pero la barragana no podía considerarse soltera, no tenía tal condición por la legislación de Partidas puesto que vivía en un estado que la legislación permitía, toleraba, concediéndole derechos e imponiéndole obligaciones. Por la misma razón, el concepto de adulterio se extendía a la mujer desposada, y así se expresaba en la ley, porque aunque no estaba ligada con la plenitud del matrimonio, tampoco podía considerarse soltera, y es muy de notar el refinamiento de la idea respecto de la barragana, pues para calificar en ella de adulterio con otro que no sea su concubinario, éste debe ser casado. Este es para nosotros el verdadero sentido y la verdadera interpretación de este texto legal, porque no pudiendo el hombre casado tener barragana, es claro que el concepto se

(1) Art. 448 del Código penal vigente.

refiere a la que lo sea de otro, pues contradictorio sería admitir un supuesto que por la misma legislación absoluta y terminantemente se rechaza. Reconocemos, sin embargo, que autores de gran respetabilidad entienden que el concepto de la ley se refiere a la concubina que tenga el hombre casado; pero para nosotros, de este modo se incurre conocida e irremisiblemente en la contradicción, en el absurdo. Pero esfuerzan todavía el argumento acudiendo a la Real orden de 25 de octubre de 1777, que se encuentra inserta por nota a la ley 10, título 28, libro 12 de la N , y en la cual se dice que los hijos del segundo matrimonio contraído por un hombre casado viviendo su primera mujer son verdaderamente adulterinos. Mas considerada esta real resolución, inmediatamente se comprende que la calificación se usa en sentido canónico, puesto que en seguida se declara que se tienen y deben tenerse por legítimos si en la madre existe la buena fe de soltería de su marido; y, sobre todo, por más fuerza que se quiera dar a esta disposición, siempre se tendrá que reconocer que su objeto no fué modificar, ni mucho menos derogar, los preceptos establecidos para determinar directa y específicamente la idea, y además que, aun concediéndole una intención que no se le puede atribuir por la ley posterior, cual es el Código penal, resultará derogada. Pero si no es adulterino, tampoco puede ser natural, pues tan sólo pueden serlo los habidos en concubinato o los engendrados por hombre soltero y mujer soltera. Esto es indudable, según la legislación alfonsina; sin embargo, por la ley 11 de Toro, y conforme ya hemos indicado, los hijos concebidos por hombre casado y mujer soltera, y hasta por hombre casado o soltero en mujer casada, pueden ser naturales siempre que el impedimento que existía al tiempo de la concepción haya dejado de existir antes de verificarse el parto, y también serán hijos naturales los concebidos por dos solteros, aunque al nacer sus padres o cualquiera de ellos se hayan casado con otro u otra, y esto no sólo por la ley de Toro, sino del mismo modo por la ley 8.ª, título 13, Partida 6.ª

Tenemos ya, pues, determinados analíticamente todos

los supuestos comprendidos en la ley 11 de Toro, y sintéticamente resulta que el hijo concebido en verdadero adulterio en sentido civil, puede perder esta tan odiosa condición y adquirir la de natural. Por más que esto repugne a la moral, por más que lo rechace la equidad, en consideración a que otros frutos de uniones menos repugnantes se encuentran privados de igual beneficio, así fué preceptuado, y lo único que puede decirse en su favor es que, distinguiendo los legisladores los impedimentos en temporales y perpetuos, parece que la diferencia los indujo a la determinación adoptada. Afortunadamente, en la actualidad, y como ya hemos indicado, el conflicto jurídico, a lo menos en su parte más grave y repugnante, ha dejado de existir, pues ya los hijos concebidos en verdadero adulterio, civilmente considerado, no pueden nunca ser naturales, porque, según el Código penal, la madre no puede casarse con su cómplice justamente sin dispensación al tiempo que se verifique el pacto, pues tienen que nacer antes de que la condición exista. Conforme al art. 400 (1), la viuda que se casa antes de cumplirse los trescientos y un días de su viudez incurre en pena, es decir, delinque, y, por consiguiente, dentro de ese período no puede casarse justamente sin dispensación. Los trescientos y un días suponen cumplidos ya los diez meses y empezando a correr el onceno, de modo que para casarse la viuda justamente, sin dispensación, es preciso que sea ya incompatible el supuesto de la filiación con el de adulterio o concepción en tiempo en que vivía su marido. En el mismo artículo citado se extiende la disposición penal al caso en que, no por muerte, sino por nulidad de matrimonio, fuera la mujer separada del que se había tenido por marido, lo que también concuerda con la definición que en el art. 358 (2) se da al adulterio, de modo que, combinando la ley 11 de Toro con lo que dispone nuestro actual Código penal, nunca puede llegar a resultar que el hijo concebido en verdadero adulterio, ci-

---

(1) Art. 490 del Código vigente.
(2) Art. 448 del Código vigente.

vilmente considerado, pueda ser calificado de natural; y si bien es cierto que el hijo concebido por hombre casado en mujer soltera, si el parto se verifica antes de la muerte de la legítima mujer, con arreglo a la ley 11 de Toro es hijo natural, esto precisamente se realiza, porque la unión considerada no es adulterio, ni, por lo tanto, el hijo puede calificarse de adulterino civilmente.

Si cuando se formaron y promulgaron las leyes de Toro hubiesen regido las antiguas disposiciones, por las cuales se prohibía a las viudas casarse dentro del año luctuoso, la ley 11 estaría en perfecta concordancia con todos los principios reconocidos y preceptos establecidos en nuestro derecho civil; pero esas indicadas prohibiciones habían dejado de existir, pues que promulgada estaba, y en vigor debía estar, la ley 4.ª, título 2.º, libro 10 de la N., de la que hemos hecho especial mención en el capítulo dedicado a los segundos matrimonios. De este supuesto innegable es de donde se han originado las gravísimas cuestiones sostenidas por todos nuestros célebres jurisconsultos, que más o menos directamente se han ocupado de la que podemos llamar famosa ley 11 de Toro.

Uno de los medios de que se han valido para sus argumentaciones es el de querer fijar la calificación de hijos naturales, acudiendo a investigar y determinar cuáles son los que pueden legitimarse por subsiguiente matrimonio, y suponiendo que sólo los naturales se legitiman por este medio. Por poco que se pare la consideración sobre este punto, se encuentra que, al argüir de tal modo, se incurre en un círculo vicioso, dando siempre en el inconveniente de caer en una dificultad tan pronto como se sale de otra. Si se admite el supuesto de que sólo los hijos naturales pueden legitimarse por subsiguiente matrimonio, se incurre en la necesidad de fijar cuáles son los hijos naturales; y si se admite el supuesto de que son hijos naturales los que pueden legitimarse por subsiguiente matrimonio, se incurre en la necesidad de determinar cuáles son los que pueden legitimarse por ese medio. Al tratar de la legitimación examinaremos qué es lo que de cierto resulta en nuestro

derecho acerca de los hijos que pueden legitimarse y de qué modos; mas hasta para esto se hace preciso determinar previamente cuáles son los que se comprenden en otras distintas calificaciones.

Hijos incestuosos.—Hijos incestuosos son los que proceden de unión carnal de personas entre las cuales existe impedimento por causa de parentesco. Esta definición se deduce de los textos legales que pasamos a examinar. La ley 13, título 2.º, Partida 4.ª, dice así: «Feos pecados e desaguisados fazen los omes muchas vegadas, de manera que le embargan los casamientos por ellos. E esta es la quinta cosa que tuelle á los omes que non deven casar. E porque los omes se pudiessen guardar de fazer estos pecados, tovo por bien la Santa Eglesia de mostrar quales son. El vno dellos es vn pecado que llaman en latin *incestus,* que quier tanto dezir como pecado que ome faze yaziendo á sabiendas con su parienta, ó con parienta de su muger, ó de otra con quien oviesse yacido, fasta el quarto grado; ó si yoguiesse alguno con su madrastra, ó con su madre ó fija, ó con su cuñada, ó con su nuera; ó si alguno yoguiesse con muger de Orden, ó con su afijada, o con su comadre. E esto mismo seria de las mugeres que yoguiessen con tales omes, con quien oviessen debdo en alguna de las maneras sobredichas.» En esta disposición legal se determinan con toda especificación los parentescos de consaguinidad y los de afinidad, ya procedan de coito lícito, ya del ilícito; pero es de observar que nada se dice del de pública honestidad, y que se incluye en la idea de incesto el acto carnal habido con mujer de Orden o monja profesa. En la ley 1.ª, título 15, Partida 4.ª, se habla de los fijos que son fechos en pariente ó en mugeres de Orden, y de ellos se dice que no son llamados naturales, porque son fechos contra ley y contra razon natural, pero ni a los unos ni a los otros se les da nombre propio. En la 2.ª, título 17, Partido 4.ª, se expresa el concepto en estos términos: «E otrosi, non son en poder del padre los fijos que son llamados en latin *incestuosi,* que quier tanto dezir como aquellos que han los omes de sus parientas fasta el quarto grado, ó en

sus cuñadas, ó en las mugeres religiosas. Ca estos atales no son dignos de ser llamados fijos, porque son engendrados en gran pecado.» En la 11, título 13, Partida 6.ª, se declara que «incestuoso quier tanto dezir como el que es engendrado de ome e de muger que sean parientes fasta el quarto grado, ó fuesse otro que llaman en latin *natus ex damnato coitu,* que quier dezir tanto como el que nasce de muger religiosa, que es ayuntamiento dañado por sentencia de ley». En esta ley ya aparece la diferente calificación entre el hijo incestuoso y el habido en mujer de Orden; mas en la 1.ª, título 19, libro 12 de la N., se vuelve a confundir la idea, puesto que en ella se dice: «Grave crimen es el incesto, el qual se comete con parienta hasta en quarto grado, ó con comadre, ó con cuñada, ó con muger religiosa profesa: y esto mismo es de la muger que comete maldad con hombre de otra ley: y este crimen de incesto es en alguna manera heregia.»

En la definición que dejamos formulada hemos comprendido como hijos incestuosos tan sólo los que proceden de personas entre las cuales exista impedimento que nazca de parentesco, porque siendo lo cierto que los que proceden de personas de Orden se distinguen con los nombres de sacrílegos o de dañado coito, como dice la citada ley de Partida, conviene diferenciarlos, aunque no sea más que para procurar mayor facilidad y exactitud, ya en los medios de expresar las ideas, ya en los de explicarlas y determinarlas; sin embargo, no debe omitirse tampoco la exposición de los textos legales en que se encuentran confundidas, porque sin ella podría hasta llegarse a incurrir en contradicción. Determinado ya el concreto significado de la palabra incestuoso, todavía es preciso especificarla más por medio de una distinción. El impedimento que nace del parentesco es dirimente, perpetuo, y en unos casos dispensable y en otros no, pues no lo es el que procede de parentesco en línea recta, y sí lo es el que existe entre colaterales. A la unión de los que se encuentran en el primer caso, se califica generalmente llamándola nefaria o nefanda, y a la de los que se encuentran en el segundo, simple-

mente incestuosa. Con estos antecedentes podemos ya pasar a ocuparnos de los mismos supuestos, para concordarlos con todos los demás que con ellos tienen relación.

Los hijos incestuosos, con referencia a la concepción, es decir, los concebidos en incesto, ¿podrán adquirir la condición de naturales? Ya tenemos resuelta la cuestión en sentido negativo, al ocuparnos de la ley 11 de Toro, para determinar que sólo pueden ser naturales los procedentes de personas entre las cuales no exista impedimento perpetuo, y esto cuando se verifique que, existiendo el impedimento temporal al tiempo de la concepción, ha dejado de existir ya al tiempo del nacimiento. Pero resulta una que a primera vista parece contradicción. El hijo concebido en incesto, y que no puede ser nunca natural, puede, sin embargo, ser legítimo, siempre que sus padres, durante el tiempo de la gestación, y, por consiguiente, antes del parto, hayan obtenido dispensación del impedimento y, en su consecuencia, se hayan unido en legítimo y sacramental matrimonio. Acerca de esto no puede caber la menor duda, porque siendo lo cierto que el hijo nace de padres que están legítimamente casados, sin restricción ninguna, sin que pueda oponerse inconveniente u obstáculo de ningún género, el derecho los declara y reconoce por legítimos de toda legitimidad. Pero hay todavía más: aunque el matrimonio de los padres se verifique con posterioridad al nacimiento, el hijo quedará legitimado, como en su lugar veremos; queriendo, sin embargo, adelantar esta idea, para justificar lo inútil que resulta el empeño de querer determinar el supuesto de naturalidad por el de posibilidad de legitimación por subsiguiente matrimonio, pues en el caso propuesto, el hijo que a todas luces sería incestuoso, por haber sido concebido y haber nacido en tiempo en que sus padres no podían casarse, por existir entre ellos el impedimento que produce el parentesco, puede ser legitimado por subsiguiente matrimonio.

Por último, presentan también los autores la cuestión de si, por el matrimonio putativo de los padres, quedará legitimado su hijo incestuoso: para llegar al caso de la

cuestión, es preciso suponer que entre los padres existe impedimento por causa de parentesco; que los dos, o, cuando menos, uno, lo ignore, y que en esta ignorancia se casen. Dados estos tres supuestos, entran los dos distintos que producen la cuestión: si el hijo nace después del casamiento, la ley lo declara legítimo, como en su lugar lo dejamos consignado; pero si ha nacido antes del casamiento, por este matrimonio, ¿quedará legitimado? Basta la buena fe en que esté uno de los contrayentes para que el matrimonio sea putativo, y el hijo, legítimo; pero en el acto carnal anterior al matrimonio no puede suponerse la existencia de la buena fe, porque se unen a sabiendas de que en el pecado incurren. Sin embargo, esta mala fe existe en todas las uniones fuera de matrimonio, y, ella no obstante, por el matrimonio se legitima el hijo habido anteriormente, de modo que no lo hay de salvar la dificultad, que siempre viene a resultar, y se reduce a si el matrimonio putativo tiene la misma fuerza, para los efectos de la legitimación, que el matrimonio verdadero. No hemos encontrado ningún precepto o disposición legal que resuelva la cuestión, y de los canónicos, el que, en nuestro concepto, más se acerca al caso propuesto, es el que se comprende en el capítulo 6.°, título 17, libro 4.°, Dec. Greg. Por él se declara que no debe tenerse por legítimo el hijo de hombre casado que, después de la muerte de su mujer, contrae matrimonio con la madre, principalmente si alguno de los dos trató de matar a la primera mujer. Si, pues, por existir el impedimento dirimente (crimen), se impide la legitimación, porque verdaderamente el matrimonio no lo es, cuando viene a resultar lo mismo por otro impedimento, debe aplicarse idéntico concepto. Sin embargo, nos inclinamos a lo que es más favorable a los hijos, que al fin resultan víctimas inocentes, y en todo lo que sea posible, debe procurarse el alivio y disminución de sus males.

Hijos espúreos.—Dice la ley 1.ª, título 15, Partida 4.ª: «E otra manera ha de fijos, que son llamados en latin *spurii*, que quier tanto dezir como de los que nascen de las mugeres que tienen algunos por barraganas de fuera de

sus casas, e son ellas á tales que se dan á otros omes, sin aquellos que las tienen por amigas; por ende non saben quien es su padre del que nasce de tal muger.» En la misma ley se dice «que son llamados manceres los que nascen de las mugeres que estan en la puteria e danse a todos quantos a ellas vienen». En el final de la 11, título 13, Partida 6.ª, se lee: «E spureo es llamado el que nascio de muger puta, que se da á muchos»; y en la 3.ª, título 14, Partida 4.ª, hablando de los hijos y los hombres ilustres y de viles mujeres, se dice «que non son naturales, antes seria llamado espureo, que quiere tanto dezir como fornesino.» De todo esto resulta que se confunden en la idea los espúreos, los fornesinos y los manceres, y como en la de fornesinos se comprenden también los adulterinos, incestuosos y sacrílegos, viene a resultar la necesidad de determinar los conceptos, acudiendo a distinguir por otro medio lo que se confunde en los términos legales. Espúreo, etimológicamente, significa *sine pater*, tomando por raíces las iniciales de las dos palabras, y es preciso convenir en que incide en la condición de no poder decir que tiene padre aquel que, o no conoce quien lo sea, o procede de quien jurídicamente no puede serlo. Por medio de esta distinción se consigue coordinar todas las distintas ideas y conceptos que dejamos expresados. El hijo de la concubina que no vive en casa del concubinario y que se entrega a otros, no puede saber fijamente quién es su padre. El de la pública ramera se encuentra en idéntico caso: los dos, por consiguiente, son espúreos, por más que se distinga con el nombre de mancer al segundo, para poder determinar la última modificación del concepto. El que procede de adulterio, de incesto o de unión sacrílega, determinado el supuesto material, física, naturalmente, podrá decir de quién es hijo, pero legal, jurídicamente, la persona de quien procede no puede ser su padre, y en este concepto resulta espúreo. Las madres siempre son ciertas de los fijos que nascen dellas, dice la citada ley 11, título 13, Partida 6.ª Ya hemos tenido lugar de explicar este a manera de axioma, pero cúmplenos al presente considerarlo con relación a la mate-

ria en que nos estamos ocupando. Refiriéndolo al primer término de la distinción, resultará que nunca el hijo aparezca sin madre, porque siempre podrá saberse la mujer de quien ha nacido; mas refiriéndolo al segundo extremo, no puede menos de reconocerse que, lo mismo que respecto del padre, el hijo se encuentra en la condición de no poder decir legal y jurídicamente quién sea su madre, a no ser que en la misma expresión se comprenda la ilegitimidad de su procedencia, como sucede, tanto respecto del padre como de la madre, usando de las palabras indicativas del vicio jurídico; por manera que al decir, por ejemplo, hijo adulterino o incestuoso, expresando que no tiene padre o madre a quien pueda atribuírsele el calificativo de un modo legal, manifestándose así que se encuentra en la condición de espúreo, en este sentido se determina la razón del mismo. A seguida convendrá decir que el hijo concebido por hombre casado y mujer libre, soltera o viuda, y nacido en vida de la legítima mujer del padre, será espúreo, porque ni es adulterino, ni es natural, ni puede jurídicamente ser hijo de su padre.

Bastardo es otro de los calificativos que se aplican a los hijos no legítimos, y en el cual se comprenden todos los ilegítimos, de modo que así como el de los espúreos excluye los legítimos y naturales, a estos segundos se extiende el de bastardos, y no puede decirse otra cosa en vista de la ley 9.ª de Toro, 5.ª, título 20, libro 10 de la N., en la cual terminantemente se dice: «Los hijos bastardos ó ilegitimos, de cualquiera calidad que sean.» La partícula *o* no está usada como distintiva, sino como explicativa, y, por consiguiente, parificando, identificando el un concepto con el otro, acerca de lo que no puede caber duda en vista de lo que dispone la ley, pues sus preceptos se extienden hasta a los hijos naturales. No creemos que sea necesaria mayor explicación para determinar el significado de los calificativos de espúreos, manceres y bastardos: los dos primeros pueden tomarse como sinónimos en la verdadera acción de la palabra, pues si no significan la misma idea, expresan dos enteramente semejantes; el tercero legalmente se pari-

fica por completo con el de ilegítimos, de modo que todo el trabajo que quiera emplearse para distinguirlas será más bien filológico y gramatical que jurídico, por lo que, y por inconducente a ningún fin verdadera y prácticamente apreciable, excusamos más latas consideraciones.

Hijos sacrílegos.—Son los que proceden de la unión de personas que, cuando menos, una esté ligada con voto de castidad, y toman el nombre del sacrilegio que resulta por la violación del voto. Mas éste puede ser solemne o simple, y de aquí nace la primera dificultad para la determinación del concepto. Todas cuantas leyes hemos encontrado que hagan relación a esta materia, y que son las que ya dejamos copiadas al tratar de los espúreos, por lo que excusamos repetirlas, y otras en que tendremos luego que ocuparnos, hablan de los hijos de clérigos, religiosos y religiosas, u hombres y mujeres de Orden, no determinan el concepto por medio de la explícita expresión del voto, y sí sólo comprendiéndola implícitamente al referirse a las personas constituídas en la posición que por el voto se origina. Pero de esto mismo para nosotros debe deducirse la consecuencia solutoria de la cuestión. Si las leyes hablan sólo de clérigos, frailes y monjas, es claro que sólo comprende el voto solemne la condición que produce verdadero impedimento dirimente, y de ningún modo extienden la idea al voto simple, porque en todo lo restrictivo, y mucho más en lo que tiene carácter de odioso o penal, la buena regla de interpretación exige que lo mayor, lo más grave, no se extienda a lo menor; y siendo lo cierto que las leyes de las cuales se deduce la clasificación de hijos sacrílegos sólo comprenden los que procedan de clérigos, frailes y monjas, ni equitativo ni legal será extender el concepto a los procedentes de otras personas que no se encuentren comprendidas en esas determinadas condiciones.

En la ley 9.ª de Toro, al determinar los derechos hereditarios de los hijos bastardos o ilegítimos, se equiparan los de los clérigos y fraires a los de los freiles, que son los de los caballeros de las Órdenes militares, porque freiles, como derivados de *fratres*, son llamadas. Mas al trasladar

esta ley a la Nueva Recopilación, y también al incluirla en la Novísima, 5.ª, título 20, libro 10, se suprimió la palabra freiles, y se hace necesario siquiera indicar por qué razón. Los caballeros de las Órdenes de Alcántara y Calatrava, al profesar en las Órdenes, hacían voto solemne y perpetuo de castidad; mas los que profesaban en la de Santiago tenían concedido, por la Bula de Alejandro III de 1165, el poder contraer matrimonio, no obstante la profesión. A instancia del Emperador Carlos I, el Papa Paulo III, por su Bula de 1540, extendió a los caballeros profesos de las Órdenes de Calatrava y Alcántara la concesión que ya tenían hecha a los de Santiago. De aquí resultaba que, al tiempo de formarse y publicarse las leyes de Toro, existían caballeros de Órdenes militares ligados con voto solemne y absoluto de castidad, y a esto se refería el concepto, equiparándolos en un todo a los verdaderos frailes. Mas al tiempo de formarse la Nueva Recopilación, y, por consiguiente, cuando se formó la Novísima, ya no existían caballeros de las Órdenes militares castellanas con voto absoluto de castidad, puesto que el que hacen en la profesión se limita a observarla tan sólo fuera del matrimonio, y esta fué la causa de que en la ley se suprimiera la palabra freiles y el concepto en que se les parificaba con los verdaderos frailes, de lo que también se desprende una muy atendible consideración, que viene a corroborar la opinión de que no pueden tenerse por sacrílegos los hijos de personas ligadas con voto simple de castidad. Los hijos de caballeros profesos en las Órdenes militares no pueden tenerse por sacrílegos, a pesar de encontrarse sus padres ligados con voto solemne de castidad, porque no es absoluto, porque le falta una condición, porque, aunque sea en sentido negativo, es condicional. Mayor es la condición que afecta al voto simple, y, por consiguiente, con mayor razón deben excluirse del calificativo los hijos procedentes de personas cuyo vínculo sea menos estrecho. Es cierto que contra esto se podrá argüir que los ligados con voto simple de castidad, para contraer matrimonio, justamente necesitan dispensación, y no los caballeros de las Órdenes militares, porque implíci-

tamente en el voto se comprende esta condición; pero como el supuesto se refiere al estado de soltería, no es menos cierto que, al verificarse la unión de la cual procede el hijo, al faltarse a la promesa de castidad, el caballero militar viola un voto solemne, y el que no lo sea tan sólo un voto simple. Si, pues, el primero no imprime en su hijo la calificación de sacrílego, inicuo sería el admitir que la imprimiera el segundo.

Réstanos todavía examinar los conceptos ya expresados para concordarlos con la ley 11 de Toro. Si las personas de quienes el hijo procede procrearon antes de existir el impedimento que produce el sacrilegio, indudablemente estará exento de la odiosa calificación de sacrílego, y comprendido en la de natural, aunque al tiempo de nacer exista ya el impedimento; por manera que, para que sea sacrilegio, es preciso que al tiempo de la concepción exista ya el impedimento. Partiendo de este supuesto, puede acontecer que el nacimiento tenga lugar estando ya dispensado el impedimento; pero en tal caso, y conforme anteriormente dejamos expuesto, como los padres no pueden casarse justamente sin dispensación, nunca el hijo podrá ser natural, y, sin embargo, podrá ser legítimo, con tal que, dispensado el impedimento, se verifique el nacimiento después de haberse celebrado legal y sacramentalmente el matrimonio, porque ya con insistencia hemos repetido que el hijo que nace de padres que están legítimamente casados es siempre legítimo. Todavía puede tener la misma condición, aunque en algún tanto modificada la idea, admitiendo otro supuesto. El hijo de persona ligada con voto de castidad, pero casada solemnemente con otra persona libre e ignorante de la existencia del impedimento, será putativo, y en este concepto, legítimo, que no puede menos de considerarse comprendido en la regla general que, sin ninguna excepción, establece la ya citada ley 1.ª, título 13, Partida 4.ª Sin embargo, no deja de repugnar la idea de que se tenga por padre legítimo al que, para procrear, ha incurrido en sacrilegio, y que se concedan los honores de la paternidad a un clérigo o a un fraile o mon-

je profeso. Este inconveniente, lo mismo en los casos en que más resalta, cual es el que tratamos, como en los otros que se refieren a distintos impedimentos, se salva por medio de la distinción de que el hijo será legitimo respecto de la persona inocente, y también tendrá todos los derechos de tal respecto de la culpable, sin que ésta pueda ejercer los competentes a la paternidad.

Hijos de dañado y de dañado y punible ayuntamiento.—La ley 4.ª, título 3.º, Partida 6.ª, dice: «De dañado tanto quier dezir como de vedado ayuntamiento, asi como de pariente ó de muger religiosa.» Ya tenemos aquí otra de las confusiones que en el lenguaje de las Partidas aparecen respecto del uso de los calificativos, porque es indudable que, según este texto legal, se confunden los incestuosos y los sacrílegos con los de dañado coito. El inconveniente se salva reconociendo que la idea expresada con la fórmula dañado coito es genérica y extensiva a todos los que proceden de ayuntamiento vedado o prohibido, y que, en el género, naturalmente se comprenden las especies de incestuoso y sacrílego. La dificultad, empero, consiste en determinar los límites de la idea genérica, y puede reducirse a si los naturales se comprenden o no en ella. Para contestar esta pregunta, es indispensable distinguir los tiempos. No podía considerarse, con arreglo a la legislación de las Partidas, vedado el concubinato, puesto que estaba permitido, o, cuando menos, tolerado; pero desde que, canónica y civilmente, se prohibió semejante ayuntamiento, ya es imprescindible el reconocer que el concepto se extiende a todo lo que no sea legítimo. Esta variación, esta modificación, producía, como no podía menos de producir, dificultad en la aplicación de los preceptos legales, y a salvarla vino la ley 9.ª de Toro, que dice así: «Y queremos y mandamos que entonces se entienda e diga dañado e punible ayuntamiento, cuando la madre, por el tal ayuntamiento, incurriere en pena de muerte natural.» Tenemos, pues, que, generalizada la idea de dañado coito, se encuentra concretada y limitada, la de dañado y punible ayuntamiento, a lo que determina la citada ley 9.ª de Toro, 5.ª, título 20,

libro 10, de la N.; mas como el concepto se expresa por un medio referente, es indispensable acudir a examinar el relato, o, lo que es lo mismo, cuáles son los ayuntamientos por los que la madre incurre en la pena de muerte natural.

Al tratar del matrimonio, y especialmente del divorcio, examinando la cuestión de si era causa suficiente el adulterio, nos fué necesario considerar con bastante latitud todo lo concerniente a las penas que, tanto en la legislación que toma su origen de la visigoda, como en la de las Partidas, se imponía a los adúlteros. Podemos, por lo tanto, excusarnos en esta parte de repetir lo que ya allá expusimos, y qué, por lo mismo, basta sólo recapitular como por vía de recuerdo. Nuestra legislación, verdaderamente indígena, empezando en el Fuero Juzgo y siguiendo por todas las leyes sucesivas hasta las mismas de Toro, ya directa, ya indirectamente, imponían a la adúltera, a la mujer casada que se entregaba a otro que no fuera su marido, la pena de muerte natural. La ley 81 de Toro, 4.ª, título 28, libro 12 de la N., concluye diciendo: «E mandamos que en estos tales que assi avemos por adulteros, y en sus bienes, se ejecute el contenido de la ley del Fuero de las leyes, que fabla cerca de los que cometen delito de adulterio.» Y la 5.ª, título 28, libro 12 de la N., dice: «El marido que matare por su propia autoridad al adultero e á la adultera, aunque los tome in fraganti delito, y sea justamente fecha la muerte, no gane la dote ni los bienes del que matare, salvo si los *matare* ó condenare por autoridad de nuestra justicia, que en tal casò mandamos se guarde la ley del Fuero de las leyes que en este caso disponen.» Las referencias de estas dos disposiciones legales en el mencionado lugar quedan examinadas, y siendo lo cierto que, por las mismas leyes de Toro, la mujer casada que se entrega a otro que no sea su marido, la verdaderamente adúltera, incurre en pena de muerte natural, viene indudablemente a resultar que el hijo de este modo adulterino se encuentra en la calificación de hijo de dañado y punible ayuntamiento, conforme la misma ley 9.ª de Toro.

En la legislación de las Partidas, y por la ley 15, título 17 de la 7.ª, se impone al adúltero la pena capital, y a la adúltera la de ser herida públicamente con azotes y encerrada en algún monasterio. La ley 3.ª, título 18, Partida 7.ª, impone al incestuoso la pena de adulterio, y a seguida dice: «Esta mesma pena debe haber la muger que á sabiendas fiziere este pecado.» Se ha discutido, con motivo de este modo de expresarse la ley, si la pena de la incestuosa era la misma que la de la adúltera o la del adúltero o incestuoso. Es indudable que puede razonarse a favor de cualquiera de los dos extremos de la disputa, pero en nuestro concepto debe adoptarse el primero, por la piadosa regla de que, en materia criminal, siempre que hay duda, debe elegirse la parte más dulce y favorable al reo, resultando, por lo tanto, que ni los hijos de la adúltera ni de la incestuosa, conforme a la legislación de las Partidas, en concordancia con la ley 9.ª de Toro, deben comprenderse en la calificación de dañado y punible ayuntamiento; por manera que los de la primera lo están por las leyes de los Fueros, así como los de la segunda, ni por las de los Fueros, ni por las de las Partidas. Como excepción, o considerando la circunstancia agravante, se imponía la pena de muerte a la mujer casada que cometiera adulterio con judío o moro, según aparece consignado en las leyes 9.ª, título 24, y 10, título 25 de la Partida 7.ª Los hijos, por lo tanto, de estas uniones deben considerarse comprendidos en la calificación que estamos examinando. En la ley 2.ª, título 29, libro 12 de la N., tomada sustancialmente del Ordenamiento de Alcalá, se impone también la pena de muerte a los sirvientes o domésticos que tuvieren unión carnal «con la barragana conoscida del señor, ó con doncella que tenga en su casa, ó con cobigera de la señora de aquellos que la han, ó con la parienta de aquel con quien viviere, morando la parienta en casa del señor, ó con el ama que cria su hijo ó hija, en quanto le diere leche, que lo maten por ello; y la que este yerro hiciere, que sea puesta en poder de aquel con quien viviere, que le dé la pena que quisiere, tambien de muerte como de otra manera». Por manera

que también todos los hijos procedentes de semejantes uniones se encontraban comprendidos en la calificación de la ley 9.ª de Toro. Esto es cuanto hemos encontrado para poder determinar el concepto a que necesariamente tiene que referirse la calificación de hijos de dañado y punible ayuntamiento, y es muy de notar que el calificativo resulta sólo aplicable a los adulterinos y a los comprendidos en la ley del Ordenamiento de Alcalá.

Con posterioridad a todas las leyes que dejamos mencionadas ha venido a promulgarse el Código penal, y por él a derogarsetodas las penas que las otras establecían; de modo que para ninguno de los delitos contra la honestidad se preceptúa ya la pena de muerte, según puede verse examinando todo el título 10 del libro 2.º, pues ya al marido que encuentra a su mujer en el acto de adulterio no le es permitido matar a los dos adúlteros, si bien se considere causa de especial y muy determinada circunstancia atenuante; ya, pues, no existen ayuntamientos por los cuales la mujer incurra en pena de muerte natural. ¿Se habrá de deducir de esto que ha concluído la calificación de hijos de dañado y punible ayuntamiento? No es esta, aunque a primera vista lo parece, una mera cuestión de palabras, porque en la misma ley de Toro, al fijar la calificación, se hace con el objeto de determinar nada menos que los derechos hereditarios; en sentido penal, por lo tanto, es indudable que debe considerarse ya abolida la calificación, pero respecto de los derechos civiles habrá de reconocerse la necesidad de fijar cuáles son los de los hijos adulterinos y de los que implícitamente resultan comprendidos en la ley del Ordenamiento, prescindiendo ya de si pueden o no ser calificados de hijos de dañado y punible ayuntamiento. Cuando llegue el caso de tratar concretamente lo referente a esta materia, tendremos ocasión de considerarlas con la extensión que se merecen.

SECCIÓN SEGUNDA

DE LA LEGITIMACIÓN

Definición de la legitimación. — Es una ficción en favor de los hijos y de la moral pública.—Clases de legitimación.—Legitimación por subsiguiente matrimonio.—Su concepto en Derecho romano. — Cuáles son los hijos que pueden legitimarse por subsiguiente matrimonio. — Según las Partidas, el beneficio de la legitimación se limita a los hijos naturales reconocidos. — Caso en que pueden ser legitimados los incestuosos. — Hijos adulterinos y sacrílegos. — Legitimación por gracia del soberano o rescripto del príncipe. — Fundamento de la atribución concedida al poder ejecutivo — Origen justinianeo de este medio de legitimación. — Mezcla de las Partidas con las doctrinas de las Decretales. — Diferencia de la legitimación por su objeto, civil o eclesiástico. — Sólo son legitimables en principio por gracia real los hijos naturales. — Cabe esta legitimación aun existiendo hijos legítimos.—Imposibilidad de contraer matrimonio.—El Fuero Real.—Extensión y latitud de las facultades del poder real. — Restricción de los derechos hereditarios por la ley 12 de Toro. — Disposiciones sobre gracias al sacar y reglas de sustanciación de los expedientes. — Legitimación por oblación a la curia. — Legitimación de los expósitos.

Recordando la definición que hemos dado de la patria potestad, y que en ella se habla de hijos legitimados, se viene a incidir en la necesidad de examinar cuáles sean; y como precisamente son los que resultan de la legitimación, se llega forzosamente a comprender la necesidad de tratar esta materia como parte integrante de la otra. Los hijos resultan legitimados por medio de la legitimación: ésta, pues, deberá definirse diciendo que es el acto por el cual el hijo que no es legítimo adquiere la condición de legitimidad, y, en otro concepto, una ficción jurídica, por la cual el hijo nacido sin estar casados legítimamente sus padres se supone procedente de verdadero matrimonio. Todo, pues, se reduce a procurar a los hijos un beneficio de que por la culpa de sus padres se verían privados; y, de tal modo es esto cierto, que al examinar el Código de las Partidas en lo concerniente a la materia, se encuentra el título 15 de la 4.ª, con el epígrafe «De los fijos que no son legitimos», y en él, sus dos primeras leyes dedicadas a indicar las dife-

rentes clases de ilegítimos. La 3.ª, a decir «el daño muy grande que viene a los fijos de non ser legitimos», y todas las demás, a determinar los medios de legitimación.

La legitimación es, por lo tanto, una suposición o una ficción contra la verdad, que, sin embargo, el derecho establece y permite en favor de los hijos y de la moral pública, tratando de remediar el mal que ya no puede evitar, buscando un medio de excitar al matrimonio a los que fuera de él han vivido pecaminosamente, procurando encontrarlo en el amor paterno, para que él induzca a los padres, en favor de los hijos, a reparar los daños que su unión ilícita les causa. Si, pues, la legitimación es una ficción, y que por lo mismo sólo puede admitirse en cuanto proporcione beneficios incompatibles con la estricta verdad, es forzoso concretarla en sus exactos límites, porque, por muy poco que de ello se exceda, se ocasionará el inconveniente de no proporcionar lo beneficioso y sí lo perjudicial de contrariar la verdad.

La ficción debe admitirse en términos hábiles, pues de lo contrario, resultaría la repugnancia, contra la cual sería imposible admitir el falso supuesto; a la memoria nos vienen los famosos versos de Horacio, en los cuales permite y prohibe la libertad poética. No es, por lo tanto, ilícito fingir lo imposible; así es que en la legitimación es preciso que exista, cuando menos, un supuesto verdadero, y que, por consiguiente, la ficción se refiere, no a la sustancia, sino a las condiciones, y, además, es preciso que, aun dentro de estas mismas condiciones, la que se supone, por no existir, no resulte en pugna abierta en contradicción con otras verdaderamente existentes. De aquí el que tanto más aceptable será la legitimación cuanto más se aproxime, en la sustancia y en sus condiciones, a la legitimidad, cuanto menos esté la ficción en oposición a la verdad. La legitimación no llega a fingir que sea hijo el que no lo es, sino que sea legítimo el que lo es ilegítimo. Para que exista legitimidad, ya hemos dicho que es necesaria la existencia del matrimonio; por consiguiente, desde que el matrimonio existe, ya la ficción se refiere a tan pequeño supuesto, como que todo

se reduce a conceder los derechos que el hijo tendría, si hubiera nacido después de haber tenido lugar lo que sucedió antes. He aquí la idea fundamental de la legitimación, llamada por subsiguiente matrimonio; mas puede llegar el caso de que ésta no tenga lugar, de que el matrimonio no pueda realizarse, y para cuando tal conflicto acontece, las leyes conceden otros medios, que deben calificarse de supletorios, y en los cuales entra ya por mucho la razón de conveniencia, que debe considerarse con relación a cada caso particular, y quedar encomendada al criterio del sumo imperante. Esta es la legitimación llamada por gracia real, y que los romanos llamaban por rescripto del príncipe. Otra también se reconocía en aquella legislación, y de la cual se trasladaron algunas reminiscencias a nuestro Código alfonsino: llamábanla por oblación a la curia. Algo tendremos que decir acerca de ella, aunque no sea más que para manifestar que ya en nuestro derecho moderno ha dejado de existir. De cada una nos ocuparemos con la debida separación; pero no podemos menos de considerar estas especies comprendidas en el género, para venir a parar en uno de los conceptos que dejamos emitidos, con el objeto de explicarlo y determinarlo. Hecha para ello abstracción de la tercera especie, quedan la primera y la segunda. Hemos dicho que el derecho establece y permite la ficción, y así es la verdad: la establece en la legitimación por subsiguiente matrimonio; la permite en la que se concede por gracia real: la primera procede necesariamente de los supuestos; la segunda sólo existe a voluntad del que la ha de conceder. Con esta ligera exposición de la materia en su conjunto, podremos pasar a exponer sus particularidades.

Legitimación por subsiguiente matrimonio.—Las leyes de las Partidas de tal modo consideran la legitimación, que resulta de este medio que comprenden a los hijos a quienes debe aplicarse en la misma ley que explica y determina cuáles son los verdaderamente legítimos. Es la 1.ª, título 13, Partida 4.ª, y dice así: «Otrosi, son legitimos los fijos que ome ha en la muger que tiene por barragana, si despues desso se casa con ella. Ca magüer estos fijos atales

non son legitimos quando nascen, tan grand fuerza ha el matrimonio, que luego que el padre e la madre son casados, se fazen por ende los fijos legitimos. Esso mismo seria si alguno oviesse fijo de su sierva, e despues desso se casasse con ella. Ca tan grand fuerza ha el matrimonio, que luego ques fecho, es la madre por ende libre, e los hijos legitimos.» En esta ley se encuentra reunido todo lo sustancial de la materia; puede decirse que es la recapitulación de todos sus precedentes y el fundamento de todo lo que le ha seguido. Respecto de lo primero, no estará demás indicar que en su principio, y en el derecho romano, la legimitación por subsiguiente matrimonio se concedió repetidas veces, no como institución permanente y sí sólo como gracia concedida, si bien, por regla general, a todos los que estaban en caso de necesitarla al tiempo de la concesión; por manera que venía a resultar, no que por el mero acto del matrimonio se causara la legitimación, sino que, por causa del matrimonio, los sumos imperantes la concedieran. El emperador Anastasio fué el primero que la estableció como institución jurídica con fuerza permanente, y, por consiguiente, no sólo aplicable a lo pasado y entonces existente, sino también a lo sucesivo. Justiniano creyó que esta concesión excitaba el vicio, puesto que concedía la seguridad de reparar los perjuicios que el mismo vicio ocasionaba; creyó que, por esta causa, lejos de excitar, retraía del matrimonio, y revocó la constitución de Anastasio; mas después, convencido de lo contrario, volvió a establecer lo mismo que había revocado, e indudablemente fundándose en mejor doctrina, pues para creerlo así, no sólo resulta la certeza por el criterio de razón, sino también por el de autoridad desde que la Iglesia ha reconocido y establecido este medio de legitimación, según se encuentra consignado en el capítulo 1.°, título 17, libro 4.°, Dec. Greg.

Viniendo ya a tomar la ley como punto de partida para lo existente, y prescindiendo de su última parte, en la cual se establece que el matrimonio, no sólo es medio de legitimación, sino también de manumisión de la esclava, fijándonos en lo que verdaderamente hay que considerar, desde

luego se desprende que el beneficio de la legitimación por el subsiguiente matrimonio sólo se concede a los hijos que, según la misma legislación de las Partidas, eran naturales, habidos en concubinato o en barragana; y lo mismo se observa en la ley 2.ª, título 6.º, libro 3.º, del Fuero Real, que dice: «Si ome soltero con muger soltera fiziere fijos e despues casare con ella, estos fijos sean herederos.» Es cierto que en este texto legal se amplía algún tanto la idea de la ley de las Partidas, puesto que por la del Fuero no se exige tan rigurosamente el que los hijos procedan de verdadero concubinato; pero ya hemos visto también cómo por otras leyes de las Partidas se concedía, bajo el mismo supuesto y condición, la de hijos naturales a los de hombre soltero y mujer soltera, aunque en su unión no se verificaran absolutamente todos los requisitos para que debiera tenerse por concubinato. En la ley del Fuero no se dice explícitamente que los hijos sean legítimos, pero en su espíritu implícitamente se comprende, porque en la anterior, 1.ª del mismo título, se establece que el que tenga hijos legítimos de bendición no pueda heredar con ellos a los de barragana, y siendo lo cierto que en la 2.ª declara que sean herederos los hijos de soltero y de la soltera, si después se casan, es claro que los parifican a los verdaderamente legítimos.

Puédese, por lo tanto, sostener que, conforme a la legislación Alfonsina, sólo podían ser legitimados por subsiguiente matrimonio los hijos a quien ella misma calificaba de naturales; mas si bien esto es lo cierto, no puede servir de criterio en la actualidad, y se hace forzoso examinar las modificaciones que se han ido introduciendo en los diversos conceptos para venir a parar en las verdaderas reglas de aplicación. Ya, por lo mismo, hemos anteriormente indicado que no era posible determinar cuáles eran los hijos naturales, por la mera consideración de cuáles son los que pueden legitimarse por subsiguiente matrimonio, ni, al contrario, cuáles son los que pueden legitimarse por subsiguiente matrimonio, por sólo la determinación de cuáles son los naturales. Ampliando, pues, ahora lo que allá se

indicó, pasaremos a examinar cuáles son los hijos que verdaderamente se legitiman por subsiguiente matrimonio; y empezándose por asentar que, respecto de los naturales, ninguna duda puede ofrecerse, una vez fijado el verdadero concepto determinando cuáles son los comprendidos en la calificación, pasaremos a examinar los que se comprenden en las otras.

Los incestuosos hemos dicho que pueden legitimarse por subsiguiente matrimonio; es claro que, fundándose la proposición en un supuesto, se hace indispensable que sea verdadero, porque de lo contrario, la proposición sería falsa. El matrimonio, por lo tanto, ha de venir a existir, y siendo imposible que exista cuando la unión es nefanda, es claro que la proposición se refiere al simple incesto y al matrimonio contraído por los que con tal vicio se han unido de un modo legal y canónico, es decir, después de removido el impedimento por medio de la competente disposición. Por seguir exageradamente la regla de que sólo podían legitimarse los hijos naturales, y reconociendo que los hijos incestuosos nunca podían ser naturales, conforme a la ley 11 de Toro, se incurrió en la duda, más bien en la creencia, de que los incestuosos no quedaban legitimados por subsiguiente matrimonio de sus padres; mas en dos ocasiones, en que los interesados acudieron impetrando la gracia real para la legitimación, se declaró solemnemente que no se les concedía, porque no la necesitaban, pues legítimos eran, por haber quedado legitimados por el subsiguiente matrimonio. Las Reales cédulas en las que se hicieron estas declaraciones son: una, del Sr. D. Carlos IV, fecha 6 de julio de 1803, y otra de la señora D.ª Isabel II, y en su nombre, de su augusta madre, como Reina Gobernadora, fecha 11 de enero de 1837.

Los adulterinos no pueden ser legitimados por subsiguiente matrimonio; así lo declara la ley 2.ª, título 15, Partida 4.ª, de la cual nos hemos ocupado en la sección anterior. Esta proposición aparece verdadera, a todas luces, respecto del adulterio que resulta por la unión de la mujer casada con hombre que lo sea o no. Es también induda-

blemente extensiva a los hijos concebidos por hombre casado en mujer libre, soltera o viuda, y que hayan nacido viviendo la legítima mujer del padre, porque éstos, si no pueden, en el estricto rigor jurídico, civilmente llamarse adulterinos, tienen que comprenderse en la calificación de espúreos, por estar constituídos en una condición que legalmente les impide decir quién es su padre. Mas, siguiendo en el análisis, llegamos a los hijos concebidos por hombre casado en mujer libre, y nacidos cuando el padre es ya viudo. No puede negárseles la calificación de naturales, según la ley 11 de Toro; pero ¿es esto suficiente para que sean legitimables por subsiguiente matrimonio? ¿No se viene a incurrir, admitiendo este supuesto, en otro repugnante a la razón y a la moral, cual es el de que llegue a adquirir la condición de legítimo, habiendo sido concebido con violación de lo que a todas luces es sagrado? He aquí la cuestión reducida a sus más precisos términos, y que para nosotros se resuelve favorablemente al hijo. Prescindamos de que él siempre será inocente, por más culpables que sean sus padres; prescindamos también de la doctrina de que el feto, durante la gestación, no puede considerarse como parte discreta de la madre, y de que, por lo tanto, al hombre sólo puede reconocérsele existencia propia desde el momento del nacimiento; prescindamos de que ya, desde el tiempo de Justiniano, se reconoce por principio que al hijo debe concedérsele, con respecto al tiempo de la gestación, todo cuanto le sea favorable; prescindamos de que la concepción es un misterio indescifrado, por no decir indescifrable, y que el parto es un supuesto cierto y verdadero hasta por evidencia: de todas estas consideraciones, en todo favorables a nuestra proposición, podemos prescindir, pues para justificarla nos bastan otras más jurídicas, más concretas a la materia, de más inmediata aplicación, según los principios reconocidos y preceptos establecidos. ¿Qué es la legitimación por subsiguiente matrimonio? Hemos dicho que, en último término analítico, no es otra cosa que la ficción de haber nacido antes el que ha nacido después del matrimonio, y, por consiguiente, la fic-

ción cabe siempre que sea posible. Posible es que el viudo se case con la soltera o viuda: si se casan, y después nace lo que estaba concebido, legítimo será, con tal que el padre lo reconozca, y sin que se pueda, contra la voluntad del padre, negarse la filiación, cualquiera que sea el tiempo a que tenga que referirse la concepción respecto del parto, pues si es lo cierto que por el matrimonio anterior, por el ya existente al tiempo del nacimiento, el hijo resulta indisputablemente legítimo, ninguna razón atendible puede alegarse para que no pueda ser legitimado por el subsiguiente matrimonio. Así lo tenemos por cierto; para nosotros no hay duda: no puede tener esto, sin embargo, más fuerza que la de una opinión. Conveniente y hasta necesario es que, por medio de una disposición legislativa, se determine y fije tan controvertido punto.

Los hijos sacrílegos parece que deben comprenderse en los mismos conceptos que los incestuosos. Si el vicio del incesto, como ya hemos visto, queda purgado por la dispensación para contraer matrimonio, y los hijos, legitimados por el subsiguiente, no teniendo más fuerza un impedimento que otro, no repugna en manera alguna que le sean aplicables las mismas máximas y doctrinas que a los incestuosos a los sacrílegos. La dificultad consistirá en llegar a admitir si el impedimento procedente del voto solemne es o no dispensable, y si será preciso que en las preces para la dispensa se exponga la existencia ya de los hijos sacrílegos para que en el otorgamiento pueda, con pleno conocimiento de causa, concederse o negarse la legitimación. Esta materia es esencialmente canónica, y, por lo lo tanto, puede considerarse fuera de nuestro verdadero objeto: nos limitamos, por consiguiente, a hacer esta ligera indicación, y la haremos únicamente como antecedente necesario para examinar lo relativo al voto simple. Hemos dicho que los hijos de las personas a quienes afecta este impedimento no pueden comprenderse en la calificación de naturales, conforme a la ley 11 de Toro, porque sus padres no pueden casarse justamente sin dispensación; pero como el impedimento es meramente impedimente es,

lo cierto que, si se casan, los hijos que después tengan son legítimos. Si, pues, el matrimonio anterior produce la legitimidad, el subsiguiente debe producir la legitimación. y si esto aparece cierto a todas luces, sin que a ello obste el que no se haya conseguido dispensa, con mayor razón debe admitirse cuando la dispensa existe, y con ello se contrae el legítimo matrimonio. Los hijos espúreos en todo el rigor del concepto no pueden ser legitimados por subsiguiente matrimonio, porque si el padre es desconocido, o jurídicamente no puede tenerse por tal, en una palabra, si no es posible atribuir a persona determinada, natural ni jurídicamente, la paternidad, se incurre en necesidad de negar la existencia de la persona, por cuyo matrimonio pueda producirse la legitimación. Pero como en el concepto general, según ya hemos manifestado, se comprenden varias especialidades que se distinguen con diversos calificativos, y como ya de algunos especialmente nos hemos ocupado, sólo nos resta tratar de los llamados manceres y de los de dañado y punible ayuntamiento. De estos últimos basta indicar que su repugnante procedencia los priva de la posibilidad de legitimación, pues imposible es llevar a tal grado la ficción. Por lo que hace a los manceres, es evidente, del mismo modo, que tampoco pueden ser legitimados, por ser verdaderamente espúreos, y aun, si cabe, circunstancia agravante para aplicarles el calificativo. Sin embargo, por más que en abstracto, por más que, considerado el concepto en general, la teoría propuesta parezca hasta incontrovertible, tan pronto como se quiera llevar a la práctica, vendrá a resultar lo contrario: ninguna prohibición existe, ni civil ni canónica, para que la ramera se case. El sentimiento de propia dignidad retraerá comúnmente al hombre de semejante enlace, pero contra este sentimiento podrá existir algún otro que lo contraríe y lo venza, tal vez el de la misma paternidad. Difícil será el caso de este supuesto, porque siempre aparecerá contradicho por la incertidumbre nacida necesariamente de tener que referir el supuesto a mujer que vive en semejante estado, pero, por grande que sea la dificultad, nunca puede

llegarse a negar la posibilidad; y si el hombre y la mujer, unánimes y conformes, reconocen ser padre y madre del hijo de que se trata, y se casan, o, aun después de casados, expresan su reconocimiento, puesto que si se hubieran casado antes del parto, el hijo sería legítimo, sin oposición alguna, por el subsiguiente matrimonio y reconocimiento paterno, debe quedar legitimado. Además, la condición de la mujer en que nos estamos ocupando es siempre más arbitraria que legal: cierto que en algunas épocas, por ejemplo, cuando se las hacía vivir en puterías, tuvieran necesaria y hasta jurídicamente que someterse al calificativo; verdad es que, aun en otras épocas, se las ha sujetado a ciertas reglas administrativas, por medio de matrículas u otras conducentes a regularizar el vicio, ya que no se puede evitar, pero todo esto cede, porque no puede menos de ceder, ante la ley y ante la moral, cuando el hombre verdadera y exclusivamente interesado, por su libre y espontánea voluntad, limpia, purifica, por decirlo así, a la mujer de la infamante nota que la aflige, elevándola a la categoría de legítima consorte. No creemos necesario decir más acerca de los hijos que pueden legitimarse o no por subsiguiente matrimonio, pero todavía nos falta determinar uno de los conceptos sumamente interesantes en esta materia, y que perfectamente comprendido se encuentra en la citada ley 1.ª, título 13, Partida 4.ª; tanto de su literal contexto como de su verdadero espíritu, se comprende que la legitimación se produce, toma por causa, por principio de su existencia, el matrimonio, y esto sin retrotraerse a tiempo anterior, ni al de la concepción, ni al del parto, porque la ley dice que «luego, es decir, desde el momento, y no antes, que el padre y la madre son casados, se facen, por ende, los fijos legitimos», y el mismo concepto se repite en la parte en que se refiere a la esclava. De aquí lógica y jurídicamente se deduce que, para todos los efectos de la legitimación, cuando los legitimados por subsiguiente matrimonio concurren con los verdaderamente legítimos, no pueden contar los primeros su tiempo desde su nacimiento, ni menos desde su concepción, sino desde su legitima-

ción, o sea desde el matrimonio de sus padres, es decir, que en conciencia, los unos con los otros, distinguiéndose la edad natural de la legal, serán preferidos, en todo lo que a edad se refiera aquellos a quienes favorezca la prioridad por la legal. Esto es claro y por todos reconocido, pero por si acaso aparece en los conceptos alguna oscuridad, queremos desvanecerla por medio de un ejemplo: Pedro y Juana han tenido un hijo natural, nacido en 1800; casado Pedro con María, tiene otro hijo, que nace en 1802; viudo Pedro en 1804, se casa con Juana: el hijo nacido en 1800 resultará legitimado, pero para todo lo que se refiera a derechos de primogenitura, relativamente al padre, se reputará posterior al que nació en 1802. Esta misma regla, para todos sus efectos, tendrá perfecta aplicación si, en lugar de referirse al varón, se refiere a la mujer, y del mismo modo si son los dos los que se encuentran en idénticas circunstancias. Mas todavía es necesario examinar otra modificación de la idea. Hemos partido del supuesto de que, para la legitimación por subsiguiente matrimonio, es preciso que el padre reconozca a su hijo, bien sea explícita o implícitamente, directa o indirecta. Puede, por lo tanto, acontecer que, después del nacimiento de un hijo legitimable, se casen sus padres, sin expresar ni mencionar siquiera la existencia de su hijo; que sigan en tal estado; que tengan otro, nacido en legítimo matrimonio, y que después reconozcan y proclamen la filiación del primero. En tal caso, ¿a cuál de los dos deberá atribuirse la condición de primogenitura? Por más que el reconocimiento sea necesario para fijar el supuesto de filiación por naturaleza, la ley, que indudablemente aparece con carácter preceptivo, ordena, manda, «que luego quel padre e la madre son casados, se facen por ende los fijos legitimos». Es claro que todo el concepto se refiere a los que lo sean por naturaleza; a fijar, como queda dicho, este concepto, y no la verdadera legitimación, es a lo que se exige, como no puede menos de exigirse, el reconocimiento; pero, una vez que el requisito se llene, indudablemente, la legitimación debe producir sus efectos desde el acto que la produce, que es el matrimo-

nio. Tal vez se quiera oponer a esto el que su admisión favorezca la posibilidad del fraude contra la legitimidad. Para ello es preciso suponer que el padre intente privar a su verdadero hijo de los derechos que le corresponde, por transmitirlos a un extraño, suposición que, considerando los afectos naturales de la paternidad, no puede admitirse sino cuando concurran tan especialísimas condiciones y circunstancias, que por ellas mismas se demuestre la malicia, en cuyo caso se incurre en el principio general de que jamás el derecho favorece a los dolosos. Mas de esto tendremos que tratar al ocuparnos en lo concerniente al reconocimiento.

Legitimación por gracia del soberano.—Generalmente, suele llamársele por rescripto del príncipe, como ya hemos indicado, tomando razón para ello del lenguaje técnico romano, en el cual se distinguían con la mayor precisión los actos o constituciones de los sumos imperantes, llamando edictos a aquellos por los cuales se establecía un derecho nuevo o general, decretos a las resoluciones dictadas para determinar cuestiones entre partes, y rescriptos a las contestaciones que los mismos sumos imperantes daban sin que mediara contienda o consulta de los magistrados: en esta última clase, por lo tanto, tenían que comprenderse las resoluciones de la súplica sobre legitimación; mas siendo lo cierto que nuestro lenguaje técnico no llega a tal exactitud, y asimismo que, por la diferentes formas por las que ha pasado, respecto de su constitución política, la nación española, los actos de la soberana voluntad han tenido diferentes nombres, unas veces se han dado las legitimaciones en forma de Reales cédulas y otras en la de Reales decretos. De cualquiera manera que sea, en su esencia siempre procederá de una gracia del soberano, concedida a instancia de parte, y con verdadero conocimiento y apreciación de las razones en que se funda la solicitud, y, por consiguiente, la concesión. De las sencillas consideraciones que dejamos expuestas puede deducirse la definición, sin que creamos necesario formularla, pero siendo lo cierto que la legitimación de que tratamos viene a producir un

resultado, que sin ella aparecerían contrariados los principios y preceptos de nuestro derecho, lo primero que ocurre es examinar el fundamento de la atribución que se concede al poder ejecutivo. Cuando éste y el legislativo se confundían en el real, el punto no ofrecía ni podía ofrecer duda alguna, sin que tengamos necesidad de razonar sobre ello, pero desde que con tanta precisión se distinguen, es preciso acudir a la misma Constitución del Estado, por la cual han venido a distinguirse, y, efectivamente, en el párrafo 9.º del artículo 45 se consigna la prerrogativa de conceder honores y distinciones de todas clases con arreglo a las leyes (1). No cabe duda que la legitimación entra en la esfera de los honores, «ca pueden ser cabidos a todas las honras y a todos los derechos temporales», según dice la ley 9.ª, título 15, Partida 4.ª, refiriéndose a los legitimados: mas la real prerrogativa no es absoluta, está limitada por la restricción de que se ejerza con arreglo a las leyes, y en esto se comprende precisamente todo lo concerniente a la materia, pues todo ello podrá reducirse de quiénes y cómo pueden ser legitimados por gracia real.

Este medio de legitimación es de origen puramente romano y de su Derecho Novísimo o Justinianeo, que lo estableció, expresando ser una cosa nueva, en su Novela 74, capítulo 1.º Volvió a consignarlo en la 89, capítulo 3.º, y, examinados los dos textos, de ellos resulta que sólo debía concederse a los padres que no tuvieran hijos legítimos, que sólo pudieran ser legitimados los naturales, y que sólo pudiera acudirse a este recurso cuando no fuera posible la legitimación por matrimonio, por no existir la madre, o por alguna otra razón justificada, como la de no poderse unir la mujer al hombre sin pecado, la de no ser ella digna del nombre de legítima, la de haber cometido algún delito, la de haber desaparecido o no saberse de su existencia y la de no poderse casar por alguna razón legal, siendo muy de notar que, de los tres requisitos, el que más determina-

---

(1) Art. 54, num. 8.º de la vigente de 30 de junio de 1876.

damente se exige, puesto que con repetición se expresa, es el de no existir hijos legítimos.

Tomando, pues, esta institución su origen del derecho romano, naturalmente vino al nuestro, trasladándose al Código de las Partidas, en el cual aparece ya mezclada con las doctrinas de las Decretales, como se ve en la ley 4.ª, título 15, Partida 4.ª, que dice así: «Piden merced los omes á los Emperadores e á los Reyes, en cuyo señorio biven, que les fagan sus fijos, que han de barraganas, legitimos. E si caben su ruego, e los legitiman, son dende adelante legitimos, e han todas las honras, e los proes, que han los fijos que nascen de casamiento derecho. Otrosi, el Papa puede legitimar á todo ome que sea libre, quier sea fijo de Clerigo, ó de lego; de guisa, que pueden ser Clerigos los que legitimare, e sobir e aver Dignidades. E magüer el Papa dispensasse con algunos destos tales, que sean Clerigos, non se entiende por esto que dispensa con ellos que ayan Dignidades; fueras si lo dixesse señaladamente en la dispensacion. E como quier que los legitime, por estas cosas sobredichas non se entiende que dispensa con ellos, para poder aver Obispados, nin Arzobispados; fueras ende, si en la dispensacion lo dixesse señaladamente. E magüer dispensasse con ellos, para aver ordenes, e las otras cosas sobredichas, non puede dispensar con ellos, quanto en las cosas temporales; fueras ende, si fuessen de su temporal jurisdiccion. Eso mismo es si el Emperador ó el Rey legitimasse algunos: ca magüer dispense con ellos quanto en la temporal jurisdiccion, non lo puede fazer en las cosas spirituales, que puedan ser Clerigos ó Beneficiados.»

Empezaremos por considerar en esta ley la diferencia de la legitimación por el objeto a que se refiere, ora sea civil, ora sea eclesiástica: lo primero corresponde al monarca; lo segundo, al Sumo Pontífice. En el capítulo 13, título 17, libro 4.°, Decret. Greg., se hace también con exquisita exactitud la misma distinción, por lo que, y considerando este punto fuera de la esfera de nuestro trabajo, creemos innecesario mayor detenimiento. Concretándonos, por lo tanto, a lo meramente civil, desde luego resalta que

la ley sólo considera legitimables por gracia real a los hijos naturales, y aun esto en el más estricto concepto, pues de un modo taxativo hace mención únicamente de los de barragana. No exige ya ninguno de los otros dos requisitos que la legislación justiniana exigía, es decir, que el padre no tenga hijos legítimos ni que haya imposibilidad de casarse con la madre, o, lo que es lo mismo, de que no quepa la legitimación por subsiguiente matrimonio; pero la ley 6.ª del mismo título habla ya del requisito o condición de no existir hijos legítimos, y es preciso examinarla con exquisito cuidado, por ser este uno de los puntos más esenciales de los que se comprenden en la materia. Dice así: «De amiga aviendo algun ome á sus fijos naturales, si fijos legitimos non oviere, puedelos legitimar en su testamento en esta manera, diziendo assi: Quiero que fulano, ó fulana, mis fijos, que ove de tal muger, que sean mis herederos legitimos. Ca si despues de la muerte del padre tomaren los fijos este testamento, e lo mostraren al Rey, e le pidieren merced, que le plega de confirmar, e de otorgar, la merced que el padre les quiso fazer; el Rey, sabiendo que aquel que fizo el testamento, non avia otros fijos legitimos, develo otorgar. E dende adelante heredan los bienes del padre, e avran honra de fijos legitimos.»

Ya, desde luego, en esta ley se nota relajado en algún tanto el requisito supuesto de que los hijos sean de barragana, pues en lugar de esa palabra, se vale de la de amiga, que, aunque en el lenguaje de las Partidas se usa como de significación idéntica, no deja de indicar alguna diferencia, mucho más considerando que si bien por la ley se impone al padre la obligación de manifestar quién es la madre, de ningún modo se exige la condición de que con ella haya vivido en concubinato. Por otra parte, lo que, en conformidad con esta ley, hace el padre, no es precisamente legitimar ni aun pedir la legitimación, sino instituir a sus hijos naturales herederos legítimo, y para esto es para lo que exige que no existan hijos verdaderamente legítimos. Con estos supuestos, con estas premisas, concluye la ley determinando que, si después de la muerte del padre, el hijo

pide al Rey que confirme la gracia que su padre le hizo, puede serle otorgada para heredar los bienes del padre y para las demás honras de hijos legítimos. No es posible, por lo tanto, deducir absolutamente de esta ley que no cabe la legitimación por gracia real de los hijos naturales cuando los padres tengan otros legítimos, porque la disposición legal se refiere a un caso concreto y especial, y lógicamente no debe deducirse consecuencia de lo particular a lo general. Además, la ley 9.ª del mismo título, al determinar las honras y beneficios que adquieren los legítimos, dice: «Pueden ser herederos de todos los bienes de sus padres, si los padres fijos legitimos non ovieren; e si los ovieren, heredarán su parte como los otros fijos que ovieren de mugeres legitimas.» Los que sostienen que existiendo hijos legítimos no cabe la legitimación de otros por gracia real, suponen que esta disposición legal debe entenderse distinguiendo si la legitimación se ha hecho antes del nacimiento de los legítimos o después, y admitiendo que sólo quepa en el primer supuesto, y que en tal caso cause los mencionados efectos, pero no en el segundo. La verdad es que la ley en manera alguna distingue, que con los mismos verbos, y usados en los mismos tiempos, determina el concepto de que al mismo tiempo pueden existir hijos legítimos y legitimados por gracia real, sin la menor indicación de diferencia de cuándo relativamente se ha originado la condición de los unos y los otros; y, puesto que la ley no distingue, no es lícito distinguir, y sí preciso admitir que por nuestro derecho cabe la legitimación por gracia real, aun existiendo hijos legítimos, si bien será preciso expresar en la solicitud semejante circunstancia, para que, al ser otorgada, lo sea con verdadero conocimiento de causa y no pueda ser tachada de vicio de obrepción ni subrepción.

El requisito de que la legitimación por subsiguiente matrimonio sea imposible no aparece exigido por ninguna de nuestras leyes, a lo menos nosotros no lo hemos encontrado, y lo mismo ha sucedido a todos los que se han ocupado en la materia; sin embargo, generalmente se conceptúa necesario, porque la legitimación por gracia real se reputa

siempre como subsidiaria o defectiva a falta de otro medio, estando esto muy dentro de la razón, que ordena que nunca se pida por gracia, ni, por consiguiente, se conceda lo que puede conseguirse por justicia. Los autores de más nota, al ventilar la cuestión, deciden que, en el caso en ella considerado, deberán expresarse las razones por las cuales, siendo posible el matrimonio, no se quiere contraer; y si el Rey las considera atendibles, y así lo declara, valdrá la legitimación, pero no aunque sea otorgada, si falsamente se supone la imposibilidad de contraer el matrimonio o maliciosamente se calla la circunstancia de poderse casar los padres. En la práctica constantemente se alega la imposibilidad de la legitimación por el casamiento, y es uno de los extremos sobre los que versa la información y justificación.

En el Fuero Real, la ley que más directamente habla de la legitimación por gracia real es la 17, título 6.°, libro 3.°, que dice así: «Magüer que el fijo que no es de bendicion no debe heredar, segun que manda la ley; pero si el Rey le quisiere facer merced, puedale facer legitimo, e sea heredero tambien como si fuese de muger de bendicion: ca assi como el Apostolico ha poder llenamente en lo espiritual, assi lo ha el Rey en lo temporal.» Desde luego se nota que, no principal, sino exclusivamente, se refiere a determinar que el poder soberano se extiende a hacer que el hijo ilegítimo, sin distinción ninguna, sea legítimo para heredar, como si hubiera nacido de verdadero matrimonio, de mujer de bendición. Pero es necesario, además, combinarla con la 5.ª del mismo título y libro, que dice así: «Todo home que no hobiere fijos de bendicion, e quisiere rescebir á alguno por fijo, e heredarle en sus bienes, puedalo facer: e si por aventura despues hobiere fijos de bendicion, hereden ellos, e no aquel que rescibió por fijo; y esto mismo sea por el fijo de la barragana que fue rescebido por fijo, e por heredero.» En esta ley no se trata de legitimación, sino de adopción, y ni aun tampoco de esto en general, sino de los derechos hereditarios de los adoptivos, y así claramente lo demues-su epígrafe, diciendo: «Como el que no toviere fijos, puede

dexar lo suyo á su fijo adoptivo». Declara que puede instituirlo heredero de sus bienes, pero que si, después de adoptarlo, el padre tiene hijos de bendición, éstos, y no el adoptivo, deben ser sus herederos. Hasta aquí el texto legal no ofrece ninguna duda, pero su última parte la origina, y no de fácil resolución, pues no aparece claro si quiere parificar los hijos de barragana a los adoptivos para privarles de la herencia por la supervención de legítimos, o si, por el contrario, la parificación es con los legítimos, para privar a los adoptivos de la herencia si sobrevienen hijos de barragana recibidos por tales y por herederos. En nuestro concepto, este último es el verdadero sentido o interpretación de la ley, pues nunca, existiendo la razón de naturaleza unida a la legal, será equitativo parificar a los que se encuentren favorecidos por las dos con aquellos a cuyo favor exista tan sólo la segunda. Los hijos de barragana lo son por naturaleza, una vez reconocidos como tales para heredar; lo son también por la ley, aun prescindiendo de las que reconocen, cuando menos, como tolerable la unión de la cual proceden. Es cierto que no son legítimos; es igualmente cierto que, aun por el literal contexto de la ley, no pueden tampoco llamarse legitimados por gracia real sino en cuanto merezcan este nombre por haber sido solemnemente reconocidos conforme a la ley 7.ª, título 22 del libro 4.º; pero aunque no sean legítimos ni legitimados, siendo hijos de barragana y por tales recibidos y declarados herederos, el vínculo que los une con su padre, a todas luces, en toda razón, aparece más fuerte que el de la adopción, y, por consiguiente, deben ser preferidos, en los derechos hereditarios, a los adoptivos.

De todo esto tendremos que volver a tratar cuando examinemos la adopción, el reconocimiento de los hijos, y también cuando nos ocupemos en el derecho hereditario; pero como quiera que los autores acuden a estas leyes para fijar lo concerniente a la legitimación por gracia real, nos hemos visto en la precisión de expresar sus verdaderos conceptos, con el fin de fijar las ideas, para que, comprendiéndolas con verdadera determinación, se eviten los inconve-

nientes que no puede menos de producir el confundirlas. Resumiendo, pues, podremos decir que, por las leyes del Fuero Real, para la legitimación por gracia real no se exige, ni que el hijo sea natural, ni que el padre no tenga hijos legítimos, ni tampoco que haya imposibilidad de que se case con la madre.

Por más indeterminados que estén estos requisitos en los literales contextos de las disposiciones legislativas, como, en último resultado, es forzoso venir a parar en que, para obtener la gracia, se hace preciso justificar razones suficientes para una dispensa de ley, la cuestión ya vino a reducirse, no tanto a si los requisitos estaban o no preceptuados por las leyes, cuanto a si el poder real se extendía o no a dispensarlos, y hasta qué punto, o para qué efectos. Naturalmente, los realistas, los exageradamente propensos a favor de la autoridad real, sostenían la atribución del monarca en su mayor extensión; sus adversarios trataban de limitarla, concretándola a lo que las leyes, más o menos explícitamente, según su juicio, determinaban. Vencía la opinión de los primeros, según iba generalizándose la máxima de que la voluntad del rey era ley, y el requisito de que los hijos fueran taxativamente naturales llegó a considerarse de tal modo desechado, que por mucho tiempo fueron legitimados por gracias reales los hijos de los clérigos, aun de los obispos y arzobispos, los adulterinos y hasta los que a esta condición unían la de sacrílegos, y a unos y a otros, sin ninguna restricción, se les concedían, no sólo los honores de la legitimación, sino hasta los derechos hereditarios; y podríamos citar la fundación de un mayorazgo, en el cual se toma por primer llamado y cabeza de línea al hijo de un obispo habido en mujer casada. Respecto de los derechos hereditarios, vino a poner un coto la ley 12 de Toro, 7.ª, título 20, libro 10 de la N., que dice así: «Si alguno fuere legitimado por rescripto, ó previlegio nuestro, ó de los Reyes que de Nós vinieren, aunque sea legitimado para heredar los bienes de sus padres, ó madres, ó de sus abuelos, e despues su padre ó madre ó abuelos ovieren algun hijo ó nieto ó descendiente legitimo, ó de legitimo matrimo-

nio, nascido ó legitimado por subsiguiente matrimonio, el tal legitimado no pueda suceder con los tales hijos ó descendientes legítimos en los bienes de sus padres ni madres ni de sus ascendientes abintestato ni ex testamento. Salvo si sus padres, ó madres, ó abuelos, en lo que cupiese en la quinta parte de sus bienes, que podían mandar por su ánima, les quisieren alguna cosa mandar que fasta en la dicha quinta parte, bien permitimos que sean capaces, y no más. Pero en todas las otras cosas, ansi en suceder á los otros parientes como en honras e preeminentes que han los fijos legitimos, mandamos que en ninguna cosa difieran de los fijos nascidos de legitimo matrimonio.» Por esta ley vino explícitamente a determinarse que no concurrieran en la herencia forzosa de los ascendientes los hijos legitimados por gracia real con los legítimos o legitimados por subsiguiente matrimonio, e implícitamente que no se anulara o rescindiera la legitimación por gracia real por la supervención de legítimos o legitimados por el subsiguiente matrimonio. Y ni implícita ni explícitamente se determinó si cabía la legitimación por gracia cuando ya existían hijos legítimos.

Mas respecto de la condición de los hijos ilegítimos para poder ser legitimados, de tal modo siguió admitiéndose la latitud de la facultad del soberano, que en la Real cédula de 21 de diciembre de 1800, sobre gracias al sacar, se fijaron las cantidades que habían de satisfacerse por la legitimación de los hijos de los clérigos, de los casados y de los caballeros profesos en las órdenes militares. Pero ya en 1818, en el Real decreto por el que se determinaron los medios de satisfacer la deuda pública y consolidar el crédito del Estado, dedicándose a este objeto el producto de las gracias al sacar, se formó la tarifa que en el decreto aparece con el núm. 2, y en su núm. 15 se habla únicamente «de la legitimacion del hijo ó hija que ovieron sus padres siendo solteros». Por último, en la ley también sobre gracias al sacar, fecha 14 de abril de 1838, y su art. 1.º, se dice: «El rey resuelve todas las instancias sobre los objetos siguientes: emancipaciones, legitimaciones de los hijos naturales, se-

gún los define la ley 1.ª, título 5.º, libro 10, de la Novísima Recopilación», y el art. 4.º dice: «El gobierno no podrá relevar a los que obtengan cualquiera de las gracias mencionadas del pago de los derechos señalados en los aranceles o tarifas vigentes, sin el concurso de las Cortes.» Resulta por consiguiente, en virtud de esta ley, completamente determinado el punto relativo a la condición que deben tener los hijos para que el rey pueda legitimarlos: sólo puede otorgar la real gracia a los que sean naturales, conforme a la definición que de este concepto da la citada ley 1.ª, título 5.º, libro 10 de la N., que es la 11 de las de Toro, y también resulta determinada la extensión de la prerrogativa real consignada en el párrafo 9.º del art. 44 de la Constitución del Estado, en lo respectivo a la materia de que nos ocupamos.

Para obtener la real gracia es necesario pedirla, y esto, indudablemente, puede hacerlo el padre, y, por regla general, él es quien lo hace; sin embargo, ya hemos visto cómo al hijo natural, reconocido por tal en el testamento y declarado heredero, se le permite pedir y obtener la legimación después de la muerte de su padre. No hemos encontrado disposición legal que conceda la facultad a la madre, pero tampoco encontramos razón de prohibir una cosa tan piadosa, siempre que se reúnan las condiciones y requisitos necesarios y se llegue a la paridad de los conceptos. Además, todo lo que moralmente es lícito y jurídicamente no está prohibido debe considerarse permitido; no puede menos de tenerse por lícito en la madre el deseo de que su hijo adquiera los honores y beneficios de la legitimidad; si, pues, el padre lo ha reconocido por tal, instituyéndolo heredero, y si con esto al hijo le es permitido pedir su legitimación, ¿por qué ha de prohibirse a la madre? La petición, bajo ningún concepto está vedada, ni directa ni indirectamente; ni racional, ni moral, ni jurídicamente puede suponerse que esté prohibida al soberano la facultad de concederla. Es cierto que deberá justificarse el reconocimiento del padre, y también su consentimiento, si es que puede prestarlo; por manera que, mientras el padre viva,

la intervención de la madre vendrá a reducirse a una mera gestión del negocio; pero si el padre ha muerto habiendo reconocido al hijo, instituyéndole heredero y dejándolo en edad pupilar, la madre, no sólo puede, sino que debe pedir la legitimación

Cuando el solicitante es el padre, puesto que en tal concepto se presenta, del mero hecho resulta el reconocimiento preceptuado en la ley 11 de Toro; mas necesariamente tendrá que alegar y justificar las otras condiciones exigidas para que el hijo resulte ser natural. Si no ya como absolutamente necesario, como motivo o razón en que debe fundarse la real gracia, deberá también alegarse y justificarse el extremo de que no puede verificarse la legitimación por subsiguiente matrimonio, y también deberáse manifestar si existen o no hijos legítimos, con el objeto de no incurrir en vicios de subrepción u obrepción. Siendo, como ya dejamos dicho, indispensable, cuando el solicitante es el hijo o la madre, el reconocimiento del padre, forzosamente se incurre en la necesidad de manifestar quién lo es; pero ha llegado a suscitarse la cuestión de si, cuando el que pide la gracia es el padre, se hace del mismo modo necesaria la manifestación de quién es la madre. No cabe duda de que, por regla general, será conveniente; aquí puede explanarse la idea de la conveniencia diciendo que las leyes, en casos determinados, exigen que se nombre la madre, se recuerden las copiadas y se cita la 9.ª, título 18, Partida 3.ª, que es la que trae la minuta de legitimación; pero en manera alguna puede considerarse indispensable, y, antes por el contrario, deberá omitirse cuando se alega y, por las declaraciones de los testigos u otros medios justificativos, se demuestra que existen inconvenientes, o que la manifestación no puede hacerse sin perjuicio de tercero o de la misma madre. Si la manifestación se exige con el laudable objeto de evitar fraudes, es preciso reparar que con la exigencia se induce al fingimiento, a la falsificación de maternidad; de modo que, por huir de un escollo, se incurre en otro. Podríamos citar, si no fuera de derecho puramente privado, el erudito informe de un fiscal del Supremo Tri-

bunal, en el cual calificó la exigencia de pueril curiosidad a nada conducente. No creemos, por lo tanto, que la no manifestación de quién sea la madre sea razón suficiente para que deba negarse la legitimación por gracia real.

Por la Real orden de 19 de abril de 1838 se determinaron las reglas de sustanciación que debían observarse en los expedientes de gracias al sacar, y, por lo tanto, en los que tuviesen por objeto la legitimación por real gracia. Los que las solicitasen, deberían acudir directamente a la Audiencia territorial respectiva, presentando en ella la solicitud para S. M. y los documentos en que la fundasen, y si alguno acudiese directamente al Gobierno, la Secretaría de Gracia y Justicia debía dirigir la instancia, bajo simple cubierta, a la Audiencia correspondiente; las instancias contrarias a la ley de 14 del mismo mes debían quedar sin curso. La Audiencia dirigía las solicitudes al juez de primera instancia competente, el cual abría un expediente informativo; oía, por vía de instrucción, sin figura de juicio, a las personas o corporaciones que pudiesen tener interés en el asunto, admitiendo las justificaciones que los interesados ofrecían; las recibía, en su caso, de oficio, y devolvía a la Audiencia el expediente original con su informe. La Audiencia, oyendo al fiscal, examinaba si el expediente se hallaba debidamente instruído; no estándolo, ampliaba conveniente la instrucción, y cuando la encontraba completa, elevaba el expediente original al Gobierno, con la censura fiscal, informando por su parte lo que se le ofrecía y parecía. La ley de Enjuiciamiento vino a modificar en algún tanto estas reglas, estableciendo en el título 6.º de su segunda parte (1) la sustanciación de las informaciones para dispensa de la ley. No creemos necesaria la extensa exposición de todo lo que en el citado título se comprende, además de que en esta parte de nuestra obra resultaría fuera de su lugar; pero no podemos prescindir de llamar la atención sobre algunos de sus principales conceptos. Según la Real orden anterior-

(1) Título VIII de la vigente.

mente citada, la instancia debía presentarse ante la Audiencia, y de tal modo esto, que, previendo el caso de que fuera presentada a S. M., se mandaba que por el Ministerio de Gracia y Justicia, y bajo simple cubierta, se remitiera a la Audiencia. De aquí resultaba que la admisión de la instancia y la consiguiente información debiera conceptuarse de justicia, pues su curso sólo podía negarse cuando la instancia fuera contra la ley de 14 de abril de 1838. El art. 1.336 de la de Enjuiciamiento (1) ordena que no podrán recibirse las informaciones sino en virtud de Real orden comunicada al juez por su superior correspondiente, de modo que, a virtud de esta modificación, se hace indispensable obtener primero la Real orden para que se forme el expediente y se reciba la información, y después la real gracia, que se expide en forma de decreto, si bien las dos cosas se solicitan en un mismo escrito, pero siempre viniéndose a parar en que verdaderamente son dos gracias o concesiones emanadas de la soberana voluntad.

Tanto por la Real orden de 19 de abril como por la ley de Enjuiciamiento, deben en la información ser oídos los que en el negocio tengan intereses. Como según las diferentes circunstancias de cada caso particular serán necesariamente los que resulten interesados, la dificultad de determinar todas las particularidades que pueden comprenderse en la regla general llega a constituir verdadera imposibilidad, y, por consiguiente, creemos que basta la enunciación del principio; sin embargo, tampoco podemos prescindir de examinarlo concretamente al principal de los interesados, que es aquel de cuya legitimación se trata. A primera vista aparece que, como todo el resultado ha de serle favorable, de todo punto inútil debe considerarse su intervención en el negocio, pues no pudiéndose suponer su oposición, se incurre en la presunción de su consentimiento; sin embargo, por más fuerte que sea esta presunción, nunca llega a constituir la certeza, y, por lo tanto,

---

(1) Art. 1.980 de la vigente.

conveniente, sino absolutamente indispensable, sería adquirirla por otros medios, entre los cuales el más seguro y fácil es el de concederle audiencia para que pueda consentir o contradecir. Si, pues, el legitimando es de edad suficiente para comparecer por sí, con su audiencia directamente deberá sustanciarse la información; y si no, y a su nombre, con sus legítimos representantes. Mas esto, que para nosotros no ofrece duda ninguna, relativamente a la legitimación por gracia real, ha sido objeto de cuestión respecto de la legitimación por subsiguiente matrimonio, y, en nuestra opinión, debe resolverse en sentido contrario, si bien admitiendo una distinción. Al examinar las leyes que determinan la legitimación por subsiguiente matrimonio hemos visto que aparecen en sentido preceptivo, mandando que los hijos nacidos antes de haberse casado los padres sean tenidos por legítimos desde el momento en que se casen, de modo que la legitimación se produce por la ley mediante el matrimonio, pero para ello era también necesario, o que el hijo fuera habido en concubinato, o que sea reconocido por el padre. En el primer caso, puesto que el concubinato producía la certeza legal de la filiación, no cabía presunción contra ella, pero en el segundo, que es precisamente el requisito que se exige en la actualidad, por lo mismo que es dudoso, puede ser impugnable: de lo que, en último término, vendrá a resultar que no pueda negarse al legitimando la oposición que quiera hacer, por creer que así le conviene al supuesto que con el reconocimento se quiere verificar. No deberá, por lo tanto, concederse al legitimando por subsiguiente matrimonio facultad de oponerse a la legitimación, pero sí al reconocimiento, o, lo que es lo mismo, la de contradecir la manifestación del que se presenta proclamándose su padre.

Legitimación por oblación a la curia.—Conocido es todo lo referente a los honores y condiciones que en Roma se concedían a los curiales, y asimismo las pesadísimas cargas a que estaban obligados. Al principio, por gozar de los primeros, se sometían voluntaria y espontáneamente a las segundas, mas después fueron retrayéndose, y vino a ha-

cerse necesaria la excitación por diferentes medios: uno de ellos fué el inventado por Teodorico y Valentiniano, concediendo la legitimación a todos los ilegítimos que se inscribieran en la curia. Nada, ni siquiera que a esto se pareciera, existía entre los godos, ni en cuanto al estatuto ni en cuanto a su razón ni objeto, y, lo que es más, nunca se ha reconocido en España la necesidad de cosa igual o semejante. Sin embargo, los autores de las Partidas, buscando algo a qué aplicar la idea, por no dejar de copiarla, formaron la ley 5.ª, título 15, Partida 4.ª, que dice así: «Amiga teniendo alguno que non fuesse sierva, en lugar de muger, de que oviese fijo natural, si tal fijo como este llevase su padre á la Corte del Emperador, ó del Rey, ó al Concejo de la Ciudad, ó Villa, donde fuere, ó en cuyo termino morasse, ó á otra Ciudad ó Villa qualquier, magüer non more en ella, nin en su termino; e dixesse publicamente ante todos: Este es mi fijo que he de tal muger, e dolo á servicio deste Concejo; por estas palabras lo faze legitimo, solamente que aquel fijo queda, assi lo otorgue, e non lo contradiga. E lo que dize de suso, que puede el padre legitimar tal fijo como este, assi como sobredicho es, entiendese que lo puede fazer, quier haya otros fijos de muger legitima, quier non; fueras ende, si la amiga de quien oviesse el fijo fuesse sierva. Ca el fijo de la sierva non lo podria legitimar en esta manera, aviendo otros fijos legitimos. Pero si los non oviesse, estonce poderlo y a fazer, aforrandola primeramente.» Nada creemos necesario añadir acerca de este medio de legitimación, pues si ya el célebre glosador de las Partidas decía que en su tiempo no estaba en uso, con más razón puede decirse en el día que la ley ni tiene ni puede tener aplicación. Si, pues, hacemos estas ligeras indicaciones, es tan sólo para justificar lo que dijimos al enumerar las tres especies de legitimaciones que conocían los romanos (véase la ley 8.ª, título 15, Partida 4.ª, que no se ha citado).

Otra legitimación reconoce nuestro derecho, que puede llamarse puramente legal, porque directa e inmediatamente nace de la ley, y es la concedida a los expósitos. El Real

decreto inserto en Cédula del Consejo de 23 de enero de 1794, que es la ley 4.ª, título 37, libro 7.º de la N., ordena y manda que los expósitos sin padres conocidos se tengan por legítimos para todos los oficios civiles, sin que pueda servir de nota la cualidad de tales. Este precepto, que se compendia en el epígrafe de la ley, se explana muy minuciosamente en el cuerpo de la misma, que, por su mucha extensión, excusamos copiar literalmente. En todos tiempos, desde el antiguo derecho romano, se ha condenado como severamente punible el abandono de los niños. Paulo, como se ve en la ley 4.ª, título 3.º, libro 25 del Digesto, decía: «Necare videtur non tantum is qui partum perfocat, sed et is qui abjicit, et qui alimoniam denegat, et qui publicis locis misericordiæ causa exponit, quam ipse non habet.» En toda nuestra legislación aparecen las mismas máximas y el empeño con que todos nuestros legisladores han procurado evitar precaver el abandono de los niños, y ya que esto no puede llegar a conseguirse, aliviar su desgraciada condición. Uno de los medios ha sido el de concederles la legitimación; pero como la idea no puede referirse a un padre, resulta que no pueden ser legítimos por lo que respecta a los efectos de la patria potestad, y esto hasta tal punto, que aun cuando aparezca el verdadero padre, como él haya sido el que haya verificado la exposición o la haya consentido, las leyes le niegan los derechos de patria potestad, de lo que naturalmente se desprende la necesidad de volver a ocuparnos en esta materia al tratar de la emancipación.

SECCIÓN TERCERA

DE LA ADOPCIÓN

Definición de la adopción. — Su importancia en la legislación romana. — Clases de adopción (arrogación y simplemente adopción) en el Derecho romano y en el de Partidas. — Inexistencia de disposiciones en la legislación puramente goda. — Doctrina de las Partidas. — Equivalencia de los conceptos adopción y porfijamiento.—Quiénes pueden prohijar.—A quiénes se puede o no arrogar: menor, li-

berto, pupilo. — Efectos de la arrogación. — Mayor de catorce años. — Derechos hereditarios del arrogado y del adoptado.—Legislación del Fuero Real.—Aquiénes se permite la adopción. — Quiénes pueden ser adoptados. — Derechos hereditarios en la adopción. — Modos y forma de la adopción. — Posibilidad de adoptar a dos o más personas. — Si una persona puede ser adoptada por varias. — Forma jurídica de solemnizarse la adopción. — Niños expósitos y abandonados.

Podráse definir la adopción diciendo ser el acto por el cual se toma por hijo al que no lo es por naturaleza. Viene a ser, por consiguiente, otra ficción, que el derecho establece o consiente, con el objeto de proporcionar una sustitución de los afectos naturales; mas, por lo mismo que es una ficción, debe limitarse a los términos puramente necesarios y racionales, porque, de lo contrario, en vez de ser provechosa, sería perjudicial a los intereses de las familias y de la sociedad en general. Aun limitada en los términos que se han creído razonables, ha sido objeto de grandes impugnaciones, pero si en ellas se para la consideración, desde luego se comprende que se fundan más en la suposición del abuso que del recto uso, y puede tomarse por regla general que cuanto se alega contra lo primero, se convierte en defensa de lo segundo; de cualquier modo que sea, es lo cierto que la institución está admitida en casi todas las legislaciones, tomando su origen, en la nuestra, de la romana, sin que tenga nada de extraño que en la gótica no se omitiera, y sin que por esto pueda decirse que los godos la desconocieron, pues en sus primitivos Códigos trataron más bien de establecer lo que las necesidades de los tiempos exigían, que de legislar en concepto general, y en el Código alariciano o Breviario de Aniano se encuentran compilados varios títulos de la Instituta de Gayo, y en el quinto, todo lo referente a la adopción, por cierto con muy notable semejanza a lo que constantemente ha estado preceptuado en esta materia, siendo también muy de notar las notas o interpretaciones de los jurisconsultos godos, por las luminosas explicaciones que dan a los textos de Gayo. De este modo se explican algunos ejemplos que la Historia presenta de adopciones anteriores a las leyes verdaderamente españolas sobre la materia, y, entre

otros, puede citarse el pacto que otorgaron entre sí Don Sancho el Fuerte, rey de Navarra, y D. Jaime, rey de Aragón, en 1231, y por el cual se prohijaron mutuamente, declarándose respectivamente herederos. La idea fué política; el objeto, satisfacer su ambición; pero las fórmulas con que expresaron su voluntad, los fundamentos, o, si se quiere, pretextos para legitimar o cohonestar el hecho, manifiestan que no era desconocida, nueva, ni mucho menos repugnante la doctrina, la teoría de la adopción.

En la legislación romana llegó a tener esta institución grandísima importancia, pues con ella se satisfacían muchas de las aspiraciones, conveniencias y aun necesidades que resultaban del estado legal y social de aquel gran pueblo. Sería necesario un lato y detenido examen para indicar siquiera la relación de la materia en que nos ocupamos, con todo lo que verdaderamente la tiene en la legislación romana, y este penoso trabajo vendría a resultar de ninguna utilidad en la actualidad, puesto que puede decirse que a muy poco se reduce lo que de aquello ha quedado; y aun llevado, lo que queda, al terreno de la práctica, tiene en él tan escasa aplicación, que muy raros son los casos en que llegan a realizarse verdaderas adopciones, con solemne ritualidad y en la exactitud jurídica del concepto. Esto no obstante, y más bien por lo mismo de haberse, por el desuso, casi llegado a la completa abolición de esta institución, se hace preciso fijar sus condiciones, para que no se confunda la verdadera adopción con otros actos, con otros procederes, a los que vulgarmente se suele aplicar el nombre.

Entre los romanos, la adopción, en su concepto genérico, se distinguía, con notable precisión, en dos especies: llamábase arrogación, cuando se refería a una persona libre, *sub juris*, o, lo que es lo mismo, que no estaba sujeta a la patria potestad, y simplemente adopción, cuando se refería a una persona que, estando sujeta a la patria potestad, era adoptada por otra. Con la simple indicación de estos dos diversos conceptos, se comprende la notable diferencia que los distingue, y que no podía menos de con-

siderarse sustancial en aquella legislación, tan estrictamente formularia. Por lo mismo, y con idéntico vigor, se copia en el Código de las Partidas, y principalmente, o del modo más expresivo y terminante, se encuentra consignado en la ley 7.ª, título 7.º de la 4.ª

Su objeto principal es el de fijar el impedimento que para el matrimonio resulta del parentesco civil, y, al explicarlo, dice: «E este porfijamiento, o parentesco atal, se faze en dos maneras. La vna se faze por otorgamiento del Rey, o del Principe de la tierra: e esta es llamada, en latin, *arrogatio,* que quier tanto dezir, en romance, como porfijamiento de ome, que es por si, e non ha padre carnal; e si lo ha, es salido de su poder, e cae nuevamente en poder de aquel que lo porfija. E tal porfijamiento como este se faze por pregunta del Rey o del Principe, de esta manera, diziendo aquel que porfija a otro: ¿Plazete de rescebir á este por tu fijo legitimo? E deve entonce responder quel plaze. Otrosi deve preguntar aquel que porfija: ¿Plazete de ser su fijo deste que te porfija? Deve responder quel plaze. E estonce deve el Rey dezir: Yo lo otorgo, e devel ende dar su carta. La segunda es la que se faze por otorgamiento de qualquier Juez. E esta es llamada, en latin, *adoptio,* que quier tanto dezir, en romance, como porfijamiento de ome, que ha padre carnal, e es en su poder del padre, e por ende no cae en poder de aquel quel porfija. E de la manera deste porfijamiento diximos complidamente adelante en el Título de los Porfijamientos.»

En esta ley, no sólo se distinguen las dos especies, sino que se determina que la arrogación debe hacerse interviniendo en ella el poder real y la simple adopción por un acto judicial. Las dos requieren solemnidad, empero mayor la primera; y es muy natural: en ella se trata de variar fundamentalmente el estado de la persona, convirtiéndola de libre en sujeta a poderío de otra; en la segunda tan sólo se verifica una transferencia de poder, por la cual el que está sujeto a uno viene a quedar sujeto a otro; y aun esto no de un modo absoluto, pues al padre del adoptando, aun después de la adopción, derechos le quedan sobre su hijo,

y que, como dice la ley, no cae en poder del que lo porfija. En la misma, y en lo último que de ella hemos copiado, se hace referencia al Título de los Porfijamientos: tendremos, pues, para explanar la materia, que pasar a él, mas conviene llevar adelantadas estas ideas, así como la determinativa de lenguaje, advirtiendo que porfijamiento, gramaticalmente, significa tener o haber por hijo, y, por consiguiente, viene a significar lo mismo que genéricamente la palabra adopción, que es la que está más en uso, pudiéndose éste rectificar, y en sentido muy conforme con el lenguaje de las Partidas, expresando la idea genérica con la palabra profijamiento y distinguiendo sus dos especies con la de arrogación y adopción.

Resultando de estas ideas preliminares que en la legislación puramente goda no se encuentran disposiciones que directamente se refieran a la materia, teniendo, por lo mismo, que acudir a la legislación alfonsina, aparecen desde luego, además de las que se comprenden en el Código de las Partidas, las del Fuero Real. En aquéllas, como sucede en todas las del mismo Código, el precepto se presenta añadiendo al criterio de autoridad el de razón, es decir, doctrinariamente. En éstas tan sólo como preceptivo. Creemos, por lo tanto, conveniente empezar por el examen de las de las Partidas comprendidas en el título 16 de la 4.ª, en cuyo preámbulo o encabezamiento se expresa la significación general de la palabra profijados por la latina *adoptivi*, y se indica que en el título se demostrará «qué cosa es este profijamiento, e en quantas maneras lo fazen, e quien puede porfijar e á quien, e que fuerza ha el porfijamiento, e porque razones se puede desfazer». Además de ser el legal, es tan filosófico este método, que en censurable osadía incurriera el que no lo siguiese.

En la ley 1.ª se vuelve a repetir la equivalencia de la palabra adopción a la de porfijamiento. Con referencia a la ley 7.ª, del título 7.º, que ya dejamos copiada, se distinguen los conceptos de arrogación y adopción, y son muy notar la siguientes palabras: «E porque dan los homes algunas veces sus fijos legitimos e naturales á otros que los porfi-

jen, por ende, en tal porfijamiento como este ha menester que aquel á quien porfijan, que consienta, otorgandolo por palabra, o callandose, non contradiciendo. Pero si porfijassen alguna que non hoviesse padre, ó si lo hoviesse, fuesse salido de su poder, estonce conviene por fuerza que este tal consienta manifiestamente, otorgandolo por palabra.» Ya tenemos aquí otra de las sustanciales diferencias que distinguen la arrogación de la adopción: cuando el porfijado está sujeto al poderío paterno, que es cuando se verifica la adopción, debe consentir en ella, pero basta que el consentimiento sea tácito, o lo que es lo mismo, no contradicho; pero cuando el porfijado está fuera de la patria potestad, cuando es, y permítasenos la traducción, persona de su derecho, no basta el consentimiento presunto por la tácita: es preciso que se manifieste otorgándolo por palabra. Concordando esta ley con la anteriormente copiada, se nota desde luego la completa concordancia que entre las dos existe, puesto que en la del título 7.º se exige nada menos que la pregunta del rey y la congrua contestación del porfijado para que se realice la arrogación. Otra de las particularidades notables en esta ley 1.ª es la de que, al hablar de los que pueden ser adoptados con referencia al padre, se dice hijos legítimos e naturales. No necesitamos repetir cuáles son los que por la legislación de Partidas se llaman naturales; pero es lo cierto que en esta ley aparecen, respecto de estar bajo el poder de su padre, equiparados a los legítimos. ¿Podrá deducirse de aquí que están sujetos a la patria potestad? En nuestro concepto, la verdadera contestación consiste en distinguir: generalmente, no; particularmente, sí, y en determinar la particularidad para el porfijamiento, en razón a que éste se considera beneficioso. Mas todavía con esto no se resuelve la cuestión, porque es preciso considerar si el porfijamiento, en el supuesto en que nos ocupamos, es o no beneficioso. Indudablemente, lo es, porque considerando, como ya hemos dejado consignado, que el porfijado en sentido de adopción no cae en poder de aquel que porfija, resulta que aunque el hijo natural deba tenerse por persona libre o de su derecho, por el porfija-

miento no pierde esta condición y gana todas las demás que el derecho concede por medio de la adopción.

«Porfijar, dice la ley 2.ª, puede todo ome libre que es salido de poder de su padre. Pero ha menester el que quisiere esto fazer que aya todas estas cosas: que sea mayor que aquel a quien quiere porfijar de diez e ocho años, e que aya poder naturalmente de engendrar, aviendo sus miembros para ello, e non seyendo tan de fria natura, porque se le embargasse. Otrosi, ninguna muger non ha poder de porfijar; fueras ende de una manera, si oviesse perdido algun fijo en batalla en servicio del Rey, ó en fazienda, en que se acertasse con el comun de algun Concejo. Ca si por esta razon quissiese porfijar á otro, por aver couorte de aquel que perdió, puedelo fazer con otorgamiento del Rey, e non de otra guisa. Ca si ellas por si mesmas lo pudiessen fazer, podria ser que las engañarian los omes, ó ellas á ellos, de manera que nasciera ende mucho mal.» En esta ley no se distingue la arrogación de la adopción, ni hay para qué, siendo, como es, objeto la persona del porfijado, y siendo idénticos, como no pueden menos de ser, los requisitos de que debe encontrarse revestido en ambos casos. Se exige, sí, que sea hombre libre, es decir, que no sea esclavo y que esté fuera de la patria potestad. Acerca de lo primero, nada hay que decir; respecto de lo segundo, aparece tan conforme el precepto con los principios reconocidos, como que si se permitiera porfijar al que estuviera bajo la patria potestad, resultaría que el porfijado vendría a serlo, no del que porfijaba inmediatamente, sino de la persona bajo cuyo poder estaba el porfijado, y esto repugna a todo lo que de convencional existe en el porfijamiento. Exige también la ley que el que haya de porfijar tenga diez y ocho años más que el porfijado, y esto también está muy conforme con los principios reconocidos. El porfijamiento es la ficción por la cual pasa a tenerse por hijo el que no lo es por naturaleza; la ficción debe contenerse en términos hábiles: de lo contrario, vendría a ser repugnante: es, pues, necesario que, ya que no exista la verdad, exista la posibilidad; que el porfijador tenga más edad que el porfijado, y siendo este el in-

dispensable supuesto en absoluto, la ley lo ha determinado, exigiendo que el exceso sea de diez y ocho años. Requiere también la ley que el porfijador sea potente para la generación. De esto tendremos que ocuparnos al examinar otros textos legales; bástanos, por ahora, esta ligera indicación, y el llamar la atención sobre este punto. Por último, se establece en la ley, por regla general, que la mujer no puede porfijar, dando por razón que en tal porfijamiento cabe engaño, que puede ser muy perjudicial, y en la regla general se admite la excepción de conceder la facultad a la mujer, cuando ha perdido algún hijo en batalla, en servicio del rey o de algún Concejo; exigiendo, empero, aun en estos casos, el real otorgamiento o licencia, para que, con esta solemnidad, se precavan los engaños, cuya consideración se toma como suficiente motivo para la prohibición establecida por la regla general.

Dice la ley 3.ª: «Mala andanza e ocasion muy grande aviene á las vegadas á los omes, de manera que pierden aquellos miembros que son menester para fazer fijos. Assi como por enfermedad; ó por fuerza que les fazen algunos, cortandogelos ó tollendogelos de otra guisa; ó por ligamiento, ó por otro mal fecho que les fazen; ó por otras ocasiones que contescen á los omes de muchas maneras; onde estos atales que naturalmente eran guisados para engendrar, mas fueron embargados por algunas de las razones sobredichas, non tenemos que deven perder por ende, mas que ayan poder de porfijar, pues que la natura non gelo tollo mas fuerza, ó ocasion.» Hemos visto en la ley anterior exigido el requisito de que el porfijador sea apto ó potente para la generación, y hemos llamado acerca de ello la atención, indicando que nos veríamos obligados a explanar este punto. La ley 3.ª, en que nos ocupamos, está en íntima relación con él, pues se reduce a la explicación del concepto comprendido en la anterior, con el fin de determinarlo. Concordando las dos disposiciones legales, resulta que no puede porfijar el que es impotente por naturaleza, pero sí el que lo es por accidente, por causa de enfermedad o por cualquiera otra que prive al hombre de la

potencia que haya tenido; mas todavía tendremos que volver a tratar de esto cuando lleguemos a examinar las disposiciones del Fuero Real, en las cuales se modifica de tal modo el precepto, que viene a resultar lo contrario.

La ley 4.ª, del mismo título 16, Partida 4.ª, empieza determinando que el infante, o sea el menor de siete años, que no tenga padre, «non lo puede ninguno porfijar, porque non ha entendimiento para consentir»: es claro que el concepto se refiere a la verdadera arrogación; mas prosigue la ley diciendo que al mozo mayor de siete años y menor de catorce bien lo pueden porfijar «con otorgamiento del Rey e non de otra guisa, porque tal mozo como este non ha entendimiento cumplido, e otrosi non es menguado de entendimiento del todo. Por ende ha menester que el porfijamiento deste atal que sea fecho con otorgamiento del Rey, por que guarde que el mozo non sea engañado». Es igualmente indudable que también en esta parte de la ley el concepto se refiere a la verdadera arrogación; resulta, por consiguiente, que el menor de siete años no puede ser arrogado, y que el mayor de siete años y menor de catorce no puede serlo sin otorgamiento del rey, y que esta intervención real se exige para evitar el engaño. Hasta aquí veníamos diciendo, sin distinción ninguna, que para la arrogación era preciso que interviniera el poder real, y así se presentaban los supuestos conforme a los textos legales; pero en consideración a esta ley 4.ª, ya no sólo aparece la distinción que en ella explícitamente se determina, sino otra que inmediatamente se desprende o implícitamente se comprende. La intervención real es necesaria cuando se trata de arrogar al mayor de siete y menor de catorce años; pero si la persona es mayor de esta edad, ¿será también necesaria la intervención real? Los extremadamente aficionados al derecho romano adoptan la afirmativa, y para justificarla alegan que de tal modo es grave la variación de estado, que en tiempo de la República, las arrogaciones se hacían, al principio, en los Comicios Calados, y después en los Comicios por tribus. Los menos apegados a este rigorismo opinan, fundándose en el modo de consignarse el

precepto legal, que la intervención real no es necesaria sino en donde terminantemente se exige; creen que la exigencia es taxativa, y establecida tan sólo en concepto de precaución, y, por lo tanto, que donde la precaución no es necesaria no puede tener aplicación la exigencia. Alegan que el mayor de catorce años ya tiene facultad de contratar, si bien con auxilio de persona experimentada; que ya se le considera con plenitud de entendimiento, si no con perfecta experiencia; que puede, por lo mismo, consentir en la arrogación, mucho más considerando que siempre que le resulte perjudicial, hasta los veinticinco años, más el cuadrenio legal, le queda el beneficio de la restitución. Por nuestra parte, nos reservamos el exponer nuestra opinión para cuando, con la consideración de otras determinaciones legales, resulten acumulados todos los verdaderos supuestos que deben considerarse.

Después de lo expresado, sigue la ley 4.ª determinando los supuestos que el rey debe considerar para formar concepto de si hay o no hay engaño, y conceder o negar su otorgamiento. No creemos de absoluta necesidad el trasladar literalmente las palabras de la ley, ni tampoco el detenernos en comentarlas: todo se reduce a que debe asegurarse el beneficio del arrogado, y asimismo, que si muere antes de cumplir los catorce años, sus bienes deben pasar a sus herederos y no al arrogante; pero no podemos prescindir de llamar la atención sobre una muy notable de las precauciones exigidas, y que se comprende, con referencia al porfijador, en estos términos: «Si ha fijos que hereden lo suyo, ó si ha tantos dias que los pueda aun haber.» Con toda claridad aparece aquí el concepto de que el tener el porfijador hijos es inconveniente, pero no obstáculo que impida por completo la arrogación. En el derecho romano, al que tenía hijos se le permitía adoptar, pero no arrogar, por la sencilla razón de que los arrogados entraban absolutamente en la patria potestad del arrogante, de modo que si éste tenía hijos legítimos, se parificaba con ellos, lo que no podía menos de exceder a los términos hábiles de la ficción: inconveniencia que no existía en la adopción, por lo

mismo que el adoptado no se constituía por completo bajo la patria potestad del adoptante. En este concepto quieren algunos que se entienda la ley que estamos examinando, pero nosotros no la entendemos así: el rey debe considerar el supuesto, como todos los demás que se comprenden en la disposición legal, y aun otros que puedan ofrecerse, según cada caso particular: «E todas estas cosas catadas, si entendiese que aquel que lo quiere porfijar se mueve con buena intencion para fazerlo, e que sea á pro del mozo, devegelo otorgar que lo pueda fazer.»

La ley 5.ª del mismo título declara que no puede ser porfijado el liberto, porque los derechos del porfijador vendrían a resultar en contradicción de los del patrono. Sin necesidad de detenernos más acerca de este punto, pasamos a la 6.ª, por la cual se prohibe al tutor el porfijamiento del menor que tiene en su guarda. Da por razón que, de lo contrario, podría sospecharse contra él que lo hacía con mala intención, por no darle cuenta de sus bienes o de la administración de ellos como debía. Mas a seguida dice la ley: «Pero desque el mozo oviese edad de veinte y cinco años poderlo i a porfijar con otorgamiento del Rey, e non de otra guisa. E esto porque el Rey lo guarde, que non rescibia daño en tal porfijamiento como este que dicho avemos.» Ocasión a grandes dudas ofrece esta parte de la ley. Hemos visto, al examinar lo preceptuado por la 4.ª, la duda que de su contexto resulta sobre si para la arrogación del mayor de catorce años es o no necesaria la intervención del poder real. Por la 6.ª está claro que se prohibe al tutor el porfijamiento, aun con intervención del Rey, de la persona que tenga en tutela, es decir, del menor de catorce años; mas se nota que en la ley se salta, por decirlo así, desde los catorce hasta los veinticinco, y, supuesta esta edad cumplida, se exige para el porfijamiento la intervención real. Resulta, por lo tanto, que el tutor, mientras dura la tutela, no puede porfijar al pupilo; que el que ha sido tutor no puede porfijar al que ha sido su pupilo, ni aun después de cumplir los veinticinco años, sin otorgamiento del Rey. ¿Qué habrá de tenerse por determinado respecto del tiempo con-

siderado desde la edad de catorce a la de veinticinco años? Explícita y directamente nada dice la ley, pero en su espíritu, y en la razón que da para lo que terminantemente ordena, se comprende que su verdadero objeto no es otro que el de impedir que los tutores y curadores puedan conseguir por malos medios, abusando de la natural e indispensable influencia que ejercen sobre los pupilos y menores, el consentimiento de éstos para un acto que, realizado, los constituye en sujeción a la patria potestad, y a los que han sido sus guardadores en la de evitarse el dar las cuentas de los bienes y su administración. Y de este modo se da también en la razón de por qué, aun respecto de los mayores de veinticinco años, se prohibe la arrogación de aquellos que los han tenido en guarda, si bien ya en este último caso se consiente, con tal que se haga interviniendo el otorgamiento real. Todo, pues, se reduce a establecer una verdadera precaución, reconociendo las verdaderas razones para una fundada sospecha; y así es que, lejos de encontrarse contradicción entre las dos leyes, lo que aparece es su verdadera conformidad en los supuestos que en las dos se reconocen. La 4.ª determina las precauciones suficientes en los casos generales. La 6.ª, considerando el caso especial de existir relación de tutela y curatela entre el arrogado y el arrogante, aumenta las mismas precauciones por la otra exigidas.

Dice la ley 7.ª del mismo título 16, Partida 4.ª: «Porfijando algun ome á otro que oviesse fijos, e que non fuesse en poder de su padre, tal fuerza ha el porfijamiento, que tambien los fijos, como él, con todos sus bienes, caen en poder de aquel quel porfija, bien assi como si fuesse su fijo legitimo del; e non se puede sacar de su poder el porfijador, aquel quel porfijase, si non fuere por razon derecha, atal, que la pueda provar antel Jubgador. E esto podria fazer por dos razones: la una es, quando el porfijado faze tal tuerto, ó tal cosa, porque se ha de mover á muy grand saña aquel quel porfijo. La otra es, quando á tal porfijado como este establesce alguno otro por su heredero en su testamento so tal condicion, diziendo assi: Yo establezco á Fulano por mi

heredero, si le sacare de su poder aquel que le porfijo. E por qualquier destas dos razones puede sacar el porfijador de su poder á aquel que oviesse porfijado. Pero tenudo es de darle todos los bienes, e las cosas con que entro en su poder.» La primera parte de esta ley se reduce a consignar el efecto de la arrogación sobre los hijos y cosas del arrogado: lo mismo éste que todo lo que a él pertenece entra en poder del arrogador, como si fuesse su fijo legitimo, y desde luego aparece que todo esto está en perfecta armonía y concordancia con las máximas que las leyes de las Partidas reconocían respecto de deber estar bajo la potestad del abuelo los nietos, mientras su padre no fuera emancipado, y de no reconocer el matrimonio como causa de emancipación, por lo que tendremos que volver a ocuparnos muy detenidamente de este extremo al tratar de la emancipación que se produce por el matrimonio. La segunda parte de la ley se refiere a cómo y por qué razones pueden rescindirse o anularse los efectos del porfijamiento. Dos son las razones que considera la ley suficientes para rescindir los efectos de la arrogación: la primera consiste en el porfijado; de modo que lo que la ley constituye es un derecho en el porfijador, del cual podrá usar o no a su voluntad, siempre que se justifique judicialmente la existencia del hecho ofensivo en grado suficiente para que dé causa al derecho, y nótese que por la ley 5.ª, título 19, Partida 6.ª, se concede al menor la restitución para librarse de la adopción cuando le resulte perjudicial. La segunda es ajena a los dos, pues consiste en la voluntad de un tercero. Indudablemente, resulta establecida en favor del porfijado, pues se reduce a que pueda adquirir la herencia, haciendo posible la condición bajo la cual es instituído, y que, por su naturaleza, su cumplimiento depende, no del mismo instituído, sino de un tercero. Considerando, pues, la ley cualquiera de las dos razones suficientes para que el arrogado deba salir de la patria potestad en que por la arrogación se ha constituído, para cuando esto se realice, la ley establece que «el porfijador debe entregar al porfijado todos los bienes e las cosas con que entró en su poder».

Considerándose en esta ley las justas razones por las cuales deja de existir la arrogación y los efectos consiguientes, necesario era considerar también y establecer los efectos que debe producir el hecho de separar de sí el porfijador al porfijado injustamente o sin razón suficiente para ello, y esto es lo que se comprende en la ley siguiente 8.ª del mismo título. Por ella se determina que si el arrogador, á tuerto, e sin razon, sacare de su poder al arrogado, debe entregarle todos sus bienes, con las ganancias que por ellos consiguió, exceptuando únicamente lo que percibió por usufructo, y ademas la cuarta parte de sus propios bienes. Declara la ley que esto y lo que se determina en la anterior debe entenderse respecto únicamente de la arrogación, «que tanto quiere dezir como porfijamiento que se faze por otorgamiento del Rey», y a seguida dice: «Mas si fuere fecha en otra manera que dizen *adoptio*, que quier tanto dezir como porfijamiento que se faze por otorgamiento del Rey; mas si fuere fecha en la otra manera que dizen *adoptio*, que quier tanto dezir como porfijamiento que es fecho con otorgamiento de otro Juez, bien puede el porfijador sacar de su poder al porfijado quando quisiesse, con razon ó sin razon. E non heredara ninguna cosa de los bienes de aquel quel porfijo. E esto es, porque tal porfijado non heredaria en los bienes de aquel quel porfijo, magüer nol sacasse de su poder, fueras ende, si el porfijador muriesse sin testamento». La ley, en esta parte, está tan clara, que no necesita comentarios, porque lo que acerca de su determinación tendría que decirse pertenece más bien al tratado de los derechos hereditarios, en concordancia con los demás que pueden concurrir a la herencia, y esto no es de este lugar, pero sí el determinar el supuesto de la necesidad de que intervenga o no el otorgamiento real para que el porfijamiento deba calificarse de arrogación o tan sólo de mera adopción.

Hemos visto que conforme a la ley 7.ª, título 7.º, Partida 4.ª, se verifica la verdadera arrogación cuando el porfijado es persona de su derecho, por no estar sujeto a la patria potestad, y que por esta razón, y en consideración a

que se verifica una variación de estado, se exige la intervención del poder real. Hemos visto, conforme a la ley 4.ª, título 16, Partida 4.ª, prohibida la arrogación de los menores de siete años y exigida únicamente la intervención real en la de los mayores de esta edad y menores de catorce. Hemos visto también, conforme a la ley 6.ª del mismo título, el aumento de precaución exigido cuando el arrogado está o ha estado bajo la guarda, tutela o curatela del arrogador, y que en tal caso, aun cuando sea mayor de veinticinco años, se exige para la arrogación la intervención del poder real. Hemos considerado que, por regla general, y fuera de los casos de excepción de la ley 6.ª, para el porfijamiento de una persona libre, mayor de catorce años, no es requisito indispensable el otorgamiento del rey. Ahora vemos, conforme a la ley 8.ª, que sólo se conceden la plenitud de derechos respecto de no deber ser sacados de poder del arrogador y de ser sus herederos a los porfijados con otorgamiento del rey. Resalta, pues, la duda de si los mayores de catorce años, personas libres o de su derecho, que hayan sido porfijados sin otorgamiento del rey, conforme a la ley 4.ª, deberán tenerse por arrogados o por adoptados para la distinción que establece la ley 8.ª Si se atiende a su condición de personas libres, deben considerarse arrogados; si se atiende a que en el porfijamiento no ha intervenido el poder real, deben calificarse de meramente adoptados. ¿Cuál, pues, puede, en definitiva, ser su verdadera condición? Afortunamente para la jurisprudencia práctica, esta, como otras muchas de las cuestiones que ofrece la materia, es de escasísimo interés, por lo muy raros que ya han llegado a hacerse los casos de adopción, y aun más los de arrogación; pero como esta consideración, por fuerte que sea, no nos exime por completo de manifestar, cuando menos, nuestra opinión, la expondremos, si bien con la salvedad de que en manera alguna rechazamos la contraria. El mayor de catorce años que, siendo persona libre o de su derecho, se constituye bajo la potestad de otro, sin que intervenga la autoridad real, no puede considerarse verdadera y plenamente arrogado, ya porque puede contradecir

su consentimiento, por el derecho que a ello le da el beneficio de la restitución *in integrum*, ya porque, según el espíritu que se ve denominar en todos los textos legales, para la verdadera y plena arrogación es necesario el otorgamiento real, y la razón determinante de esta exigencia se encuentra precisamente en la consideración de los derechos que se deciden por esta misma ley 8.ª Los hereditarios que se conceden al verdadero arrogado perjudican, o pueden perjudicar, a terceras personas, y este perjuicio, que en último resultado viene a ser una contradicción de las leyes, tan sólo puede aceptarse como legal cuando el hecho que ha de producirlo se encuentra autorizado por el poder supremo, por aquel a quien, o directamente pertenece el poder legislativo, o, cuando menos, se encuentra facultado por las mismas leyes para modificar, en casos concretos y especiales, lo que en ella se establece como derecho general.

La ley 9.ª del mismo título 16, Partida 4.ª, dice así: «De suso, en las leyes sobredichas mostramos la fuerza que ha el porfijamiento que es fecho por arrogacion. E agora queremos mostrar, otrosi, la fuerza que ha el porfijamiento que es fecho por adopcion. E dezimos que si alguno diesse á su fijo á porfijar á tal ome que non fuesse abuelo del mozo, ó bisabuelo, de parte de su padre, nin de su madre, el que es porfijado desta manera, no passa á poderio de aquel que le porfija. Pero de tal porfijamiento como este siguesse este pro al porfijado: que heredara todos los bienes de aquel quel porfijo, si muriere sin testamento, e non oviese otros fijos; ca si los oviese, partirá con ellos, e avra su parte, como qualquier dellos. Mas con todo esto, non se entiende que heredara, por esta razon, en los bienes de los fijos, nin de los otros parientes del porfijador.» No es de todo punto exacta esta ley en lo que dice en su principio: afirma que en las anteriores sólo se ha tratado de la fuerza que tiene la arrogación, y que en esta va a determinar la que tiene la adopción; precisamente en la anterior inmediata se establece que el arrogador no puede sacar de su poder al arrogado, ni dejar de instituirlo heredero, cuan-

do menos en la cuarta parte de sus bienes, a no ser que para lo uno y para lo otro haya justa causa, y que el adoptante puede sacar de su poder al adoptado cuando quisiese, con razón y sin razón, y además que el adoptado no adquiere ningún derecho forzoso a la herencia del adoptante, y sí sólo deberá ser su heredero *ab intestato*. Declara, sí, la ley uno de los extremos que ya venimos indicando, y que se reduce a que el adoptado no se constituye en poder del adoptante sino cuando éste es su ascendiente. Al examinar la ley siguiente tendremos que volver a hacernos cargo de este supuesto, por lo que, y pasando a la última parte de la 9.ª, se encuentra en ella consignado que el adoptado debe ser heredero del adoptante cuando muere *ab intestato* y sin hijos, mas que si los tiene, debe partir con ellos y percibir igual parte que cada uno de ellos, si bien este derecho se limita a la herencia del adoptante, sin extenderlo en manera alguna a la de sus hijos y demás parientes. Todo esto se encuentra completamente modificado por las leyes que con posterioridad han venido a fijar los derechos hereditarios; su examen no es de este lugar, pero sí el de hacer esta salvedad, y la sencilla indicación de que ni por arrogación ni por adopción se pueden perjudicar los derechos a las legítimas o herencias forzosas.

Llegamos a la ley 10, que es la última del título: hemos visto que en la anterior se establece que por la adopción, como no sea la de los ascendientes, el adoptado no pasa a la patria potestad del adoptante; en ésta se explana el mismo concepto, declarándose que, cuando por la voluntad del padre ha salido de su patria potestad el hijo, si éste da el suyo en adopción al abuelo, se verifica una verdadera y absoluta transferencia de la patria potestad, saliendo el hijo de la del padre y entrando en la del abuelo; pero que si éste lo saca de su poder, vuelve a incidir en el del padre.

De aquí han deducido los autores una distinción explicativa del concepto, y que se reduce a llamar adopción plena la que hace un ascendiente de su descendiente, y simple, o menos plena, la que se verifica cuando el adoptante y el adoptado no están en la relación de ascendiente y des-

cendiente, significando con la fórmula con que se distingue la primera que por ella se adquiere la plenitud del derecho, o, lo que es lo mismo, la patria potestad, y no por la segunda, o sea la simple adopción. La ley se extiende a determinar los derechos hereditarios, y como ya repetidas veces dejamos dicho, ni sus prescripciones son las vigentes, ni este el lugar de examinarlas: lo que sí debe notarse, ya porque la ley lo expresa, ya por lo interesante del punto en materia de adopciones, es que, por medio de la plena, los ascendientes cognados, aun dentro del rigorismo de la legislación de las Partidas, pueden adquirir la patria potestad sobre sus descendientes.

Concluído el examen de las leyes de las Partidas, y conforme a lo que dejamos indicado, tenemos que pasar a ocuparnos en las del Fuero Real. No se encuentra en éstas tanta armonía científica, pero sí, y por lo mismo, tal vez mayor expresión determinativa; es verdad que no se distingue con tan precisa exactitud la diferencia entre la arrogación y la adopción, pero se determinan más fijamente los supuestos prácticos respecto de las condiciones de las personas y de los efectos que produce el porfijamiento relativamente a los derechos que por él se constituyen. El título 22 del libro 4.º tiene el siguiente epígrafe: «De los que son rescebidos por fijos», y su ley 1.ª dice: «Mandamos que todo home varon que haya edad, que non hobiere fijos ó nietos legitimos, o dende ayuso, que puede recebir por fijo á quien quisiere, quier varon, quier muger, solo que sea tal que pueda heredar: e si despues que lo hobiese recebido hobiere fijos legitimos, tal recebimiento no vala nada; mas los fijos legitimos hereden lo suyo, e de su quinto dé al fijo que recebiese lo que quisiere.» Desde luego, se ve que por esta ley sólo se permite la adopción a los que no tengan hijos legítimos, y aun tal vez, no sólo se exige que no los tengan, sino que no puedan tenerlos, en razón a su edad; mas como esto es tan difícil de determinar, se viene a fijar la idea, declarando que si el que no tuviere hijos legítimos recibe por tales los que no lo sean, tal recebimiento no vala nada; por manera que con esto viene a destruirse todo lo

que hemos tenido que exponer, en consideración a las leyes de Partidas, relativamente a si cabe la adopción cuando el adoptante tiene hijos por naturaleza. Y lo que es más: se purifica, por decirlo así, la idea, pues se niega la ficción, cuando no es necesaria, por existir la verdad. Otra cosa hay que considerar comprendida en esta ley. En el espíritu de la de las Partidas no cabe que sean adoptados los hijos que lo son por naturaleza. Según el texto legal que estamos examinando, y su verdadero espíritu, pueden adoptarse por legítimos los que lo sean por naturaleza, y este punto es sumamente interesante, porque, por no haber reparado en ello, tal vez los autores han llegado a confundirse y hasta implicarse en los términos. En el curso de nuestro trabajo tendremos que volver a considerar con alguna detención este extremo, que, por su mismo interés, conviene indicarlo, desde luego, haciendo notar que, si bien en esta ley no se establece directamente la facultad de adoptar al hijo natural, tampoco se consigna la prohibición; y sí, más bien, se admite lo primero, porque se concede al que no tiene hijos ni descendientes legítimos recebir por fijo a quien quisiere, sin más limitación que la de que pueda ser su heredero, y ningún inconveniente tiene para serlo el hijo natural, a falta de los legítimos.

La ley 2.ª dice: «Porque el recebimiento del fijo es semejable a la natura, no es razon que home de menor edad pueda recebir por fijo á home de mayor edad que sí, o de tanta como él es: mas quien alguno recebiere por fijo, recibale tal que por edad le pudiese haber por fijo; e quien de otra guisa lo recebiere, tal recebimiento no vala, si no fuere fecho con otorgamiento del Rey, ante ó despues.» Al examinar la ley 2.ª, título 16, Partida 4.ª, hemos visto que por ella se exige que el porfijador tenga diez y ocho años más que el porfijado, consistiendo su razón en que el porfijamiento debe asimilarse en todo lo posible a la natura: lo mismo, en su verdadero concepto, viene a determinarse por la del Fuero Real, aunque sin fijar el tanto en que debe exceder la edad, y sí sólo expresando el abstracto o concepto general de que el porfijado pueda, por edad, ser hijo

de su porfijador. Pero no es esto lo que en la ley debe llamar más la atención, sino que exige, y al mismo tiempo concede, que cuando falte la circunstancia de poder ser el porfijado, por edad, hijo del porfijador, pueda hacerse la adopción, empero, con otorgamiento del Rey. De lo que se colige que la intervención real no se exige precisamente, para distinguir la arrogación de la adopción, sino cuando es preciso acudir extraordinariamente a suplir alguna de las circunstancias que se requieren como comunes u ordinarias.

Lo mismo se observa en la ley 3.ª Dice así: «Ningun home de órden, ni ningun castrado non pueda recebir ninguno por fijo, sino por mandato ó con otorgamiento del Rey, ante ó despues.» Hemos visto, al examinar las leyes 2.ª y 3.ª del título 16, Partida 4.ª, lo que en ellas se establece respecto a la incapacidad de adoptar por impotencia, y aun allá hemos indicado que lo en ellas establecido aparecía con notable modificación en la legislación del Fuero Real. Y efectivamente: en la ley 2.ª se prohibe la adopción a los que son impotentes por naturaleza, y en la 3.ª se permite a los que son por enfermedad u otra cualquiera causa extrínseca, por decirlo así; en la del Fuero que estamos examinando, sin decir nada acerca de los primeros, decididamente se extiende la prohibición a los castrados, por lo que viene a resultar que el que no es potente para la generación no puede tampoco constituirse en padre por adopción. Pero la ley establece, como ya queda indicado, la constante excepción: lo que no puede hacerse por regla general, se legitima con el otorgamiento del rey, y supuesto que puede concederse antes y después del acto, habrá necesidad de pedirlo, o como permiso o licencia para la adopción que se quiera realizar, o como aprobación o confirmación de la ya verificada.

«Mandamos, dice la ley 4.ª, que ninguna muger, sin mandato e sin otorgamiento del Rey, no pueda á ninguno recebir por fijo; pero si alguna muger ovo fijo, e lo perdió en servicio del Rey, tal como esta pueda recebir á quien quisiere e pueda heredar por fijo, sin mandamiento e sin otor-

gamiento del Rey.» En la ya citada ley 2.ª del título 16, Partida 4.ª, la prohibición a la mujer, por regla general, era absoluta, y para que pudiera adoptar la que había perdido hijo en servicio público, necesitaba el otorgamiento del rey; por la ley del Fuero se modifica también este precepto: la mujer que ha perdido el hijo en servicio del rey puede adoptar a quien quiera, sin otorgamiento real, y con este requisito se le permite, por regla general, la adopción en todos casos.

La ley 5.ª establece los derechos hereditarios que por la adopción adquieren, respectivamente, los adoptados y los adoptantes; naturalmente, modifica hasta en lo fundamental todo lo que sobre ella establecen las leyes de Partidas; pero así como, al examinar éstas, hemos siempre indicado que no considérabamos propio de este lugar el detenernos en este punto, lo mismo tenemos que decir al presente, reservando su verdadera explicación para cuando tratemos del derecho hereditario.

Llegamos a la ley 6.ª, en la cual, aunque a primera vista aparece que su único objeto es determinar el modo y forma de la adopción, se consigna una idea que por sí sola no da lugar a dificultad ni cuestión alguna, pero que, al quererla concordar con lo que se establece en la ley siguiente, produce una notable confusión en los términos. Dice así: «Quando alguno quisiere recebir á alguno por fijo, recibalo delante del Rey consejeramente en tal manera: llamelo, e diga Señor, si fuera ante el Rey, e si fuera ante el Alcalde, diga Alcalde: Este rescibo por fijo de aqui adelante, e an de por mi fijo de guisa que sea manifiesto e non se pueda negar quando fuera menester.» Hasta aquí la ley ninguna dificultad ofrece; todo lo que en ella se dice está reducido a fijar la fórmula de la adopción, y únicamente puede notarse que, a diferencia del vocativo, es completamente igual la que se determina cuando ha de verificarse ante el rey o ante el alcalde. Mas la ley añade para concluir: «Y esto entendemos de los fijos que non son naturales e son recebidos por fijos.» No está demás el notar que la palabra naturales no tiene en este pasaje de la ley la sig-

nificación que podremos llamar propiamente jurídica; no se significa con ella la clase de los hijos, que entre los ilegítimos se llaman jurídicamente naturales, sino los que lo son por naturaleza, a diferencia de los que no han sido engendrados por aquél que, en virtud de la ficción legal, viene a constituirse en padre. Resulta, por lo tanto, que en esta ley 6.ª se trata de la adopción de los que por naturaleza no sean hijos del adoptante; pero como quiera que hayamos dicho, al examinar la ley 1.ª del mismo título, que, según su espíritu, pueden adoptarse también los hijos no legítimos, con el objeto de que adquieran la condición de legitimidad, natural era que, después de determinar el modo y forma de adoptar a los que no son hijos por naturaleza, se estableciera el modo y forma de adoptar los que ya por naturaleza son hijos del adoptante.

A este fin, viene la ley 7.ª del mismo título, que dice de esta manera: «Quien quisiere recebir por su fijo, fijo que haya en muger que no sea de bendicion, recibalo ante el Rey, ó ante homes buenos, e diga en tal manera: Este es mi fijo que he de tal muger; nombrela; e desde aqui adelante quiero que sepades que es mi fijo, e que le recibo por fijo: e si aquel que asi lo recebiere por fijo muriere sin manda, tal fijo herede lo suyo, si fijos legitimos no hobiere, ó nietos, ó dende ayuso: e si manda quisiere facer, fagala sin empescimiento de aquel fijo que asi recebió: y el fijo que asi fuere recebido, haya honra de fidalgo si su padre fuere fidalgo: y esto se entiende de los fijos naturales.» Esta ley, por la razón ya indicada, ha dado causa a dudas, y, por consiguiente, cuestiones que, a nuestro modo de entender, se resuelven partiendo de los supuestos asentados. Quiénes han querido sostener que la ley, aunque incluída en el título que verdaderamente se refiere a la adopción, lo que determina es la legitimación por rescripto o gracia real. Otros sostienen que no puede aplicarse su disposición ni a la legitimación ni a la adopción, y sí sólo a lo que debe comprenderse en un mero reconocimiento de recíproca paternidad y filiación para los efectos que en la misma ley se comprenden. Los primeros se fundan en que, tratándo-

se de hijos que lo son por naturaleza, repugna que en ellos se verifique el concepto de la adopción, por lo que sus efectos deben calificarse de verdadera legitimación. Los segundos, admitiendo todos los supuestos de la argumentación, niegan, sin embargo, que la ley se refiera a la legitimación, fundándose en que no exige precisamente que el acto se verifique con intervención real, sino que, por el contrario, admite, para que sea eficaz en todas sus consecuencias, que tenga lugar ante homes buenos. Otros, por último, y a ellos nos adherimos, negando la premisa de que sea repugnante a los principios reconocidos la adopción de los que por naturaleza son hijos, consideran, según ya dejamos indicado, que la ley viene precisamente a fijar el concepto determinando la afirmativa, y estableciendo el modo y forma de adoptar a los hijos que lo sean por naturaleza y no sean de bendición o legítimos, y los derechos que semejante adopción produce. Resulta, por lo tanto, a lo menos tal es nuestra opinión, conforme con lo expresado por el Supremo Tribunal en su sentencia de 8 de octubre de 1853, que la ley está debidamente incluída en el título en que se encuentra, y que precisamente ocupa en él el lugar que debe ocupar; todas las anteriores tratan de la adopción de los que no son hijos por naturaleza, porque este es verdaderamente el concepto por regla general, y, por último, viene la que estamos examinando a considerar y determinar el caso o concepto especial de la adopcion de los hijos que lo sean por naturaleza; y si trata de la intervención del poder real, es precisamente porque, según hemos visto en el examen de todas las anteriores, en ellas constantemente se distingue cuándo la adopción debe solemnizarse concurriendo a ella el Rey, y cuándo basta que se verifique tan sólo judicialmente; por manera que, respecto de esta distinción, las mismas reglas y preceptos deberán observarse cuando el adoptado sea hijo por naturaleza del adoptante que cuando no lo sea. El supuesto de que el hijo natural puede ser adoptado se encuentra también clara y expresamente reconocido en la ley 5.ª, título 6.°, libro 3.° del Fuero Real, que excusamos copiar literalmente, por

haberlo hecho al tratar de la legitimación, llamando allá la atención para traerla precisamente a este lugar.

Hemos examinado la legislación alfonsina, tanto del Código de las Partidas como del Fuero Real: al hacerlo hemos ido notando las diferencias que resaltan entre la una y la otra, pero todavía nos resta ocuparnos en algunas cuestiones que se producen por las mismas diferencias. Según todo el espíritu de las leyes de las Partidas, al que tiene hijos carnales, o por naturaleza, le es permitido adoptar otros que no lo sean, y por si esto ofreciera alguna duda, resuelta a todas luces aparece por la ley 7.ª, título 7.º, Partida 4.ª, en donde dice: «Otrosi, los fijos carnales non podrian casar con aquellos que porfijaron sus padres, ó sus madres, mientras durasse el porfijamiento. Mas si el porfijamiento se desfiziesse, bien podrian casar.» Pero la ley 1.ª, título 22, libro 4.º del Fuero Real, prohibe la adopción a los que tengan y aun a los que puedan tener hijos legítimos. Esto es indudable, sobre ello no cabe cuestión, pero sí sobre, si teniendo uno hijo por adopción, puede adoptar a otro. Según la citada ley de las Partidas, la duda se resuelve en sentido afirmativo, porque a seguida de lo copiado dice: «Mas si el porfijamiento se desfiziesse, bien podrian casar. Pero si alguno porfijasse muchos, assi que entrellos oviese varones, e mugeres, estos tales bien podrian casar unos con otros, quier se desfaga el porfijamiento, ó non.» Estando, pues, esta disposición tan terminante, y no habiendo encontrado otra alguna que la contradiga, la duda en nuestro concepto se resuelve admitiendo la posibilidad de que por una persona puedan ser adoptadas dos o más.

Pero si bien esto puede tenerse por cierto, lo es también que se presenta otra cuestión, reducida a si una persona puede ser adoptada por varias. Generalmente, los autores se inclinan a la negativa, admitiendo únicamente la adopción hecha por dos cónyuges, por el marido y la mujer. Partimos del supuesto de que no exista precepto legal que determine la cuestión, porque nosotros no lo hemos encontrado, ni los que se han ocupado en el asunto lo citan.

Tenemos, pues, a falta del criterio de autoridad, que acudir al de razón, y, guiados por él, llegamos precisamente a opinar lo contrario de lo que queda indicado, tanto respecto de la regla general como de la excepción. Para sostener la primera, acuden sus sustentadores a suponer jurídica la regla de que uno no puede tener más que un padre; arguyendo en forma podríamos decir: negamos el supuesto; si en derecho no se rechaza que se reconozca un padre natural o carnal y otro adoptivo, si se admite la dualidad, ¿por qué se ha de negar la pluralidad? A esto se replica que se admiten los dos padres, porque lo son en dos distintos conceptos, pero que en cada uno de ellos sólo puede admitirse uno, pues siendo la adopción una ficción jurídica, para poderse admitir debe ser verosímil, y así como por naturaleza no puede haber más que un padre, tampoco puede admitirse que haya más que uno por adopción. Confesamos que el argumento es tan ingenioso, que aparece concluyente; sin embargo, es indispensable considerar que en toda la materia se procede de una ficción, tomándola por base y fundamento esencial, y, por consiguiente, que no puede conducirse la argumentación de un modo absolutamente exacto para la deducción de las consecuencias, porque tan pronto como esto se exija se encontrarán en pugna con las premisas verdaderas. Se hace, pues, indispensable proceder de un modo más concreto al derecho. Distinguiendo la arrogación de la adopción, desde luego hay que admitir que uno mismo no puede ser arrogado por dos; la razón es tan obvia como terminante: no cabe que una persona esté en la plena patria potestad de dos. Pero esto mismo induce a la admisión de que el adoptado, puesto que por la adopción no se constituye en la plena potestad del adoptante, pueda adquirir los derechos y beneficios de que querían hacerle dos o más personas. Siempre resultará que su padre legítimo sea el único que sobre él ejerza la patria potestad. Respecto de su estado, nada perderá porque sean dos o más los que le proporcionen el beneficio de la adopción; de ello, ningún perjuicio se ha de seguir, ni al mismo adoptado, ni a su padre carnal, ni a

ninguno de los adoptantes; no hay razón, por consiguiente, para vedar lo que puede ser favorable y a nadie perjudicial. Respecto de la indicada excepción, que ya no puede tomarse por tal, supuesto que se niega la regla general, hemos dicho que también opinamos en contrario. La mujer, por regla general, no puede adoptar; además, siendo casada, no puede celebrar ningún acto solemne sin consentimiento del marido; necesitaría, por consiguiente, para la adopción, aurizarse con la real facultad y con la licencia marital, y como estas dos consideraciones constituyen una especialidad en el concepto, viene a resultar que, por regla general, debe admitirse que la mujer casada no puede adoptar, y sólo lo contrario por excepción. Es cierto que, según la ley del Fuero, se permite a la mujer la adopción, sin necesidad de real licencia, cuando ha perdido los hijos carnales en servicio del Estado, pero también esto constituye otra especial excepción, y aun también en este caso, si es casada, necesita la licencia del marido; de modo que de esto viene a resultar lo que de todas las excepciones que confirman la regla general. No es nuestro ánimo, sin embargo, negar la legitimidad de la concurrencia de la mujer al acto del marido, antes, por el contrario, proclamamos que debe tenerse por conveniente; por manera que, si nos hemos detenido tal vez más que lo necesario sobre estas observaciones, la razón que a ello nos ha impulsado es la de querer fijar bien los conceptos, por lo mismo de que, siendo tan poco frecuentes los casos prácticos de verdaderas adopciones, las teorías, por ser de las que raramente se traducen en hechos prácticos, son de las que suelen mirarse con poco interés, o sin el necesario, para su exacto conocimiento; de donde nacen también las grandes dudas y dificultades que se originan tan pronto como se presenta alguno de los raros casos de aplicación de los principios reconocidos y preceptos establecidos.

Réstanos examinar el modo o forma jurídica de solemnizarse la adopción. Para ello es forzoso empezar considerando la diferencia de las dos especies, pero al mismo tiempo advertir que, si bien por la legislación de Partidas, en

la que con tanta exactitud se distingue la arrogación de la adopción, puede determinarse el concepto diciendo que la arrogación debe hacerse con intervención real y la adopción por un acto judicial, tan pronto como se acude a las leyes del Fuero, se observa, como ya dejamos manifestado, destruído el rigorismo de la distinción, si bien, por otra parte, determinados con toda precisión los casos en los cuales el acto de recibir uno por hijo, o si se quiere, en una palabra, el porfijamiento, debe hacerse con intervención del poder real o sólo judicialmente. Todos los primeros deben comprenderse en el concepto general de gracias al sacar, porque no puede atribuírseles ninguno otro. En la tarifa núm. 2, de las que se incluyen en el real decreto de 5 de agosto de 1818, nada se dice acerca de la adopción: no se fija cantidad ninguna que deba satisfacerse por la real gracia cuando para la adopción es necesaria la real intervención. Tampoco se expresa cosa alguna acerca del particular en la ley de 14 de abril de 1838, pero en su art. 1.º, empezando por decir que el rey resuelve todas las instancias sobre los objetos que en el mismo se expresan, y enumerándose entre ellos los de emancipaciones y legitimaciones, además de otros muchos, concluye diciendo: «u otros semejantes». Semejanza, y muy notable, se encuentra entre la legitimación y la adopción, puesto que las dos fundamentalmente son ficciones jurídicas. Creemos, por lo tanto, que en esto se encuentra razón más que suficiente para poder comprender en el concepto general de las gracias al sacar la concurrencia del poder real al acto de la adopción cuando es necesario. No está comprendida en la tarifa de lo que debe satisfacerse por ella; deberá ser gratuita, o exigirse un tanto arbitrario prudencial. Por lo que hace a la formación del expediente, deberá sujetarse a las reglas establecidas en la ley de Enjuiciamiento, que ya dejamos examinadas al tratar de la legitimación. Cuando por no ser necesaria la intervención real, deba hacerse la adopción judicialmente, se verificará formándose un expediente en el que se haga constar el consentimiento del adoptante; de su padre, si lo tiene; del adoptado, y de todas las

personas que tengan interés, por poder ser perjudicadas en sus verdaderos derechos, y con la audiencia de todos, si no resulta oposición, o si la que se presenta no es pertinente, el juez concederá su verdadera autorización, otorgándose, en su consecuencia, la correspondiente escritura pública conforme al formulario que se encuentra en la ley 91 del título 18, Partida 3.ª, que, por último, se protocolará para que en todo caso pueda producir sus efectos legales.

Para concluir lo concerniente a esta sección, tenemos que hacer algunas ligeras indicaciones acerca de los niños expósitos o abandonados, así como lo hicimos respecto de la legitimación en la sección anterior. El poder público ha tratado constantemente de favorecer a estos desgraciados, víctimas inocentes de culpas ajenas. Uno de los medios conducentes al fin ha sido el de concederles la legitimación legal; otro, el de procurarles la adopción con las precauciones necesarias para que le sea beneficiosa y nunca perjudicial. Las leyes en que se encuentra desarrollada esta doctrina son la 5.ª, título 37, libro 7.º de la N., y la de 23 de enero de 1822, especialmente respecto de la adopción, en su título 3.º, «Disposiciones o preceptos», como, con sólo la consideración de la materia, se comprende pertenecen, más que al derecho civil, al administrativo; por lo que en este lugar, y supuesto que también al hablar de emancipación tendremos que volver a ocuparnos de ellas, nos limitaremos a trasladar los artículos 65 y 66 de la del año de 1822, restablecida por Real decreto de 8 de septiembre de 1836, y que se encuentran redactados en los términos siguientes:

«Art. 65. Los niños expósitos y abandonados, que no fuesen reclamados por sus padres, y los huérfanos de padre y madre, podrán ser porfijados por personas honradas que tengan posibilidad de mantenerlos, todo a discreción de las Juntas municipales de Beneficencia; pero este prohijamiento no producirá más efectos que el que determinen las leyes.

»Art. 66. Las Juntas municipales de Beneficencia cuidarán de que a los prohijados les sean guardados todos sus

derechos, y, caso de que por cualquier motivo la prohijación viniese a no ser beneficiosa al prohijado respectivo, las expresadas Juntas lo volverán a tomar bajo su amparo.»

SECCIÓN CUARTA

DEL RECONOCIMIENTO DE LOS HIJOS

Sustitución del concubinato como medio de determinar la filiación del padre por el reconocimiento desde que dejó de existir aquél como institución jurídica. — Definición del reconocimiento. — Diferencia entre el hombre y la mujer. — Si es o no conveniente admitir los pleitos sobre filiación. — Necesidad de distinguir entre investigación de la paternidad y demandar los efectos del reconocimiento. — Es regla general la imposibilidad de la certeza de la paternidad — Procedencia de la justificación del reconocimiento por medio de pruebas jurídicamente plenas. — Valor de la prueba del parecido o semejanza con el padre. — Caso de los nacidos después del divorcio o de la disolución de la sociedad conyugal. — Reconocimiento por testamento en la ley 6.ª, título 15., Partida 4.ª — Reconocimiento por escritura pública u ológrafa en la ley 7.ª del mismo título 15 y Partida. — El reconocimiento y la adopción según la ley 7.ª, título 22, libro 4.º del Fuero Real. — A falta de formas legales de reconocimiento, es necesario acudir a su determinación por las pruebas, y, en último término, al arbitrio judicial. Cuál es la fuerza del reconocimiento: ¿puede contradecirse?

Hemos visto que—particularmente desde que, rechazando las leyes el concubinato, se consiguió que dejara de existir—había cesado uno de los medios, uno de los supuestos por los que se determinaba la filiación respecto del padre. Mientras por el derecho se reconocía y toleraba la unión del hombre y la mujer sin mediar la legitimidad y solemnidad del matrimonio, lógico era que allá en donde constara la existencia de esa unión se reconociera la paternidad que de ella resultara, si bien en distinto concepto de la que producía el verdadero matrimonio. Hemos visto también que ni aun éste puede producir la verdad filosófica, y, por consiguiente, que fué necesario crear la verdad jurídica, que se comprende en el axiomático principio de «pater est quem justæ nuptiæ demonstrant». En nada repugnaba que este principio, disminuyendo, por decirlo así, las premisas que en él se encierran, y, por lo tanto, las consecuencias, se ex-

tendiera del matrimonio al concubinato; pero desde que éste dejó de reconocerse como institución jurídica, ya no era posible esa extensión, y, para que pudiera admitirse la filiación respecto del padre, se hacía indispensable fundarla en otro criterio, que fué, y sigue siendo, el reconocimiento, como terminantemente lo exige la ley 11 de Toro para atribuir a los hijos no legítimos la calificación de naturales que mientras duró el concubinato se atribuía a los procedentes de semejante unión. Y he aquí, por una parte, la verdadera importancia de este medio de determinar la filiación, y, por otra, la necesidad de su detenido examen para poder conseguir su exacto conocimiento. Mas no es esto sólo: el reconocimiento, si bien se hace indispensable para la legitimación, aun sin referencia a ésta, produce efectos jurídicos, crea derechos y obligaciones, y, por consiguiente, bajo este concepto, aun prescindiendo del otro, su examen también llega a hacerse necesario. Empezaremos, pues, nuestras investigaciones por fijar el objeto por medio de su definición.

El reconocimiento de los hijos es la manifestación de la creencia, en que una persona está, de haber engendrado a la que la misma creencia se refiere. Lo primero que hay que considerar es la gran diferencia en que se encuentran constituídos, con relación a su creencia, el hombre y la mujer: en ésta puede existir la certeza; en aquél, no. Esta misma distinción quedó ya determinada al hablar de la legitimación, y no puede menos de tomarse como supuesto esencial, siempre que, a la luz de la razón, quiera examinarse el axioma jurídico de que debe tenerse por padre aquel que por la existencia del verdadero matrimonio aparece serlo. La madre puede estar cierta de que ha dado a luz la persona de que se trata; en el padre nunca puede existir la certeza filosófica, pues la verdad es indemostrable por ninguno de los criterios que filosóficamente se reconocen, porque ni es aplicable el de conciencia, refiriéndose el objeto a un hecho externo; ni el de autoridad, porque no hay ninguna que pueda determinarla cuando no pueda tener aplicación el principio jurídico por no existir ni el matrimonio

ni el concubinato: ni el de sentido común, porque, por más generalizada que esté la idea, nunca podrá ser universal; ni el de evidencia, porque ni mediata ni inmediatamente ha de llegarse a la completa negación de la posibilidad contradictoria. Es cierto que, a falta de todos estos criterios, la Providencia parece que ha creado otro inexplicable, misterioso, y, por lo mismo, tal vez más sublime y quizá más fuerte, cual es el instinto: esa fuerza que, sin saber cómo ni por qué nos induce necesariamente a no poder prescindir de lo mismo que tiene por objeto, y que conduce al padre a decir: «Este es mi hijo», ligándolo con los fuertísimos lazos de la paternidad. Los filosófos suelen despreciarlo; los poetas suelen admitirlo, hasta el punto de tomarlo por fundamento para sus grandes concesiones; la Humanidad lo comprende sin acto reflejo, y cuando oye decir: «Una voz secreta me gritaba que eras mi hijo», comprende que puede ser verdad, y, sin meterse a reflexionar, por verdadero lo acepta. Esta es la razón de la fuerza que jurídicamente se otorga al reconocimiento del padre. Es cierto que nunca podrá llegarse a la absoluta probanza de la proposición que formula el hombre cuando dice: «Este es mi hijo»; mas cuando no se justifican razones que la contradigan, ni aunque induzcan a la duda, no es lícito negar lo que no se puede contradecir, ni debe exigirse mayor probanza que la que nace del único supuesto posible probatorio.

Con estos antecedentes podremos pasar a buscar la solución de ciertas cuestiones, cuyo examen podrá servir también para ilustrar la materia. Todas giran dentro de la órbita de si es conveniente o no admitir pleito sobre filiación. Las ideas modernas propenden a la negativa: consideran los gravísimos inconvenientes que semejantes contiendas producen; que en ellas nunca puede llegarse a la certeza; que siempre, por lo tanto, tienen que determinarse por mera presunción, y que, si no siempre, muy frecuentemente producen el escándalo, el menoscabo de la buena reputación, y, por último, la animadversión entre las personas a las cuales precisamente se declara ligadas por vínculos que deben producir el cariño y los más tiernos

afectos naturales. Atendibles son todas estas razones; sin embargo, no las creemos concluyentes, si no se hace una distinción en la que nosotros creemos consiste precisamente la verdadera dificultad, hasta el punto de que, con ella, por sí misma se resuelve la cuestión. No es lo mismo investigar la paternidad que demandar los efectos del reconocimiento, y esta es la indicada distinción. Acerca de la investigación de paternidad, las expresadas consideraciones se presentan con una fuerza concluyente: nunca podrá llegarse ni aun a la presunción fundada de quién es el padre, porque para ello sería necesario justificar, en primer lugar, el comercio carnal entre el hombre y la mujer, comprendidos en el supuesto, y en segundo, que de aquel comercio carnal ha resultado el hijo: lo primero, hasta con facilidad podrá justificarse, tal vez por la misma confesión del hombre y de la mujer; pero lo segundo, ni aun para el mismo padre es cierto, como dejamos dicho. Y si la verdad es que su convicción nunca puede elevarse a certeza, ¿cómo ha de ser posible que se le tenga por convicto? ¿En qué lógica cabe? ¿Por qué razonamiento ha de admitirse? Si el reconocimiento de la paternidad es y no puede ser más que la manifestación de una creencia, en manera alguna puede ser impuesto, cuando no hay ningún criterio por el que se justifique la verdad, la conformidad del entendimiento con el objeto. Es cierto que en otra más elevada esfera se impone la fe, se hace obligatoria la creencia, pero precisamente porque existe un criterio que, mientras no se niegue, mientras se admita, es el más fuerte de todos: el de autoridad. Resulta, para concluir, que no pudiendo existir sobre la paternidad certeza metafísica, moral, ni de sentido común, es imposible imponer la creencia de lo que no existe.

No es que con esto queramos negar de un modo absoluto la posibilidad de la certeza, pues ya cuando de este mismo asunto tratamos, al examinar la legitimidad, la concedimos bajo la hipótesis de especialísimos determinados supuestos: si éstos se reúnen; si llega a demostrarse la verdadera imposibilidad de que el hijo lo sea de otro padre; si

ha nacido de una mujer que haya estado en la perfecta imposibilidad de unirse carnalmente con otro hombre durante todo el tiempo legal de la gestación; si, por ejemplo, se justifica plenamente que la mujer ha permanecido encerrada por un año, que ha dado a luz un hijo después de los once meses desde que fué encerrada o antes de los cinco de haber adquirido la libertad, y que durante el tiempo del encierro no entró en él más que un solo hombre, forzosamente habrá de reconocerse que aquel hombre es el padre del hijo de la mujer, que, de lo contrario, o habría que negar las leyes que determinan el máximum y el mínimum del tiempo de la gestación, o habría que reconocer que la mujer había concebido sin concurrencia de varón. Pero este mismo caso extremo, esta reunión completamente excepcional de los supuestos, lejos de contradecir, confirma en la regla general, y vienen también a demostrar que si es cierto que, respecto del hombre, por lo mismo que nunca puede haber certeza, raya en la esfera de lo absurdo el imponerle la paternidad, no así la maternidad respecto de la mujer: para ésta siempre es cierta, y puede serlo para los demás; si la niega, podrá justificársele: cabe, por lo tanto, el declararla convicta: la duda, la disputa, versará sobre un objeto completamente demostrable; si llegan a reunirse, por lo tanto, las pruebas plenas que el derecho reconoce, la declaración de la afirmación se encontrará revestida de todos los requisitos exigibles para producir la fe humana.

Pero si es, cuando menos, por regla general, imposible la certeza de la paternidad, posible es la manifestación de la creencia, y he aquí el fundamento de la distinción, que dejamos formulada al mismo tiempo que la justificación de los dos extremos, puesto que, tan pronto como resulta conocido el uno, por la misma diferencia llega a comprenderse el otro. El hijo negado por la persona que por tal lo ha reconocido, lícita y honestamente puede y debe pedir y conseguir los efectos del reconocimiento; no se reducirá la duda a la investigación de la paternidad, no versará la disputa acerca de un objeto imposible de determinar, sino

sobre la existencia o no existencia de un hecho físico, material, que se puede dudar si ha tenido o no ha tenido lugar, pero que sobre la justificación de la afirmativa o la negativa caben pruebas concluyentes, fehacientes, que produzcan el pleno convencimiento, que determinen la verdad. El haber un hombre manifestado su creencia de ser otro su hijo está ya dentro de la esfera de la completa justificación legal por medio de las pruebas jurídicamente plenas; y así como hemos visto que la maternidad, cuando por la madre es negada, puede justificarse y declararse, del mismo modo, cuando el padre niega haber reconocido al hijo, puede éste justificar la verdad del hecho, y si llega a justificarla, deberá ser declarada y proclamada para todos los efectos legales. He aquí explicada la distinción y determinada la diferencia: no podemos menos de reconocer que ha sido generalmente desconocida, y que lo común, lo casi constante, es admitir demandas sobre investigación de paternidad; pero tanta es la fuerza de la razón, tanta la de la verdad, que, sin exageración, puede decirse que en todos los pleitos en que, al parecer, se litiga la investigación de paternidad, la disputa se reduce a si han existido o no hechos de los que deba deducirse el reconocimiento; y de seguro que todas las sentencias por las cuales se declare la afirmativa, siempre aparecen fundadas en considerar que el hombre ha verificado actos que, directa o indirectamente, vengan a demostrar el haber procedido con manifiesta creencia de su paternidad.

En el capítulo siguiente tendremos ocasión de confirmar esta doctrina.

No queremos dar por terminadas nuestras consideraciones sobre este punto sin decir algo sobre uno de los medios de prueba que se va generalizando en los pleitos sobre filiación, y es el de determinar la semejanza, o, si se quiere, el parecido. Puede, en verdad, tomarse como un indicio, pero de los menos determinantes. Prescindimos de que por algunos se sostiene que la semejanza o parecido puede producirse por un acto metafísico, por la preocupación, por el recuerdo de otra persona distinta de aquella con la

que se realiza el acto carnal; pero es imposible prescindir de que la misma infinita variedad de las fisonomías llega a producir la semejanza de personas entre las cuales ninguna relación de sanguinidad existe. Viéndose, pues, esto con notable frecuencia, y también, por el contrario, muchos hijos que en nada se parecen a sus padres, la semejanza en manera alguna puede admitirse sino como uno de los indicios menos significativos, y ni aun tampoco la de semejanza podrá tenerse por razón contradictoria. Además, para admitirla o desecharla como supuesto, suele sometérsela a un juicio pericial, y en esto también creemos que no suele adoptarse lo conducente a la demostración. En primer lugar, hay que reconocer que la semejanza es precisamente una de las ideas que se comprenden directa y exclusivamente por la simple inspección de los sentidos y la inmediata comparación de los dos objetos: debe, por lo tanto, encomendarse al mismo juzgador; mas si se quiere suponer la conveniencia de que al acto material y a la reflexión metafísica se añadan conocimientos especiales, más lógico creemos que sería encomendar el juicio a pintores y escultores que a los profesores en la ciencia de curar, pues mucho más aquéllos que éstos se ocupan constantemente en la consideración de las semejanzas en las fisonomías.

Con lo que hasta aquí dejamos expuesto creemos podrá comprenderse el verdadero concepto en que debe tomarse el reconocimiento, la razón por la cual no es necesario cuando existe el matrimonio, y sí es la única razón para determinar la paternidad cuando el matrimonio no existe, prescindiendo ya del concubinato, puesto que legalmente no puede existir. Mas de estas mismas consideraciones se desprende una modificación en los supuestos, cual es la que se verifica respecto de los hijos que nacen después del divorcio o de la disolución de la sociedad conyugal. Ya vimos en su lugar oportuno los requisitos y precauciones que deben tomarse para justificar la filiación cuando, a la muerte del marido, queda la mujer encinta. No es este el caso que al presente consideramos, porque en aquél no cabe el reconocimiento del padre hecho en

tiempo en que el matrimonio no exista, y en el que ahora consideramos cabe efectivamente que el reconocimiento se verifique cuando la sociedad conyugal haya dejado de existir (leyes 1.ª y 3.ª, título 3.º, libro 25, Dig.). El Senado-consulto Plauciano vino a resolver estos supuestos jurídicos estableciendo que la mujer debe denunciar a su marido el hallarse en estado de preñez, dentro de los treinta días contados desde el divorcio o disolución de la sociedad conyugal; que el marido puede reconocer o negar la paternidad que se le atribuye, pero que si la niega, su derecho está limitado a que se inspeccione y custodie a la mujer o a justificar por otro medio que no puede ser el padre del feto. La determinación de los treinta días, indudablemente se funda en que es el término más largo en que la mujer puede dudar acerca de su estado, supuesto el acto carnal; de modo que, inspeccionada antes de ese término y custodiada por otro igual, por regla general, confirmado por la constante observación, se puede tomar por cierto el supuesto de que al separarse de su marido estaba por él fecundada. Con esto, por decirlo así, se llega al término del análisis, porque distinguiéndose el tiempo de la concepción del del parto, y fijándose, en cuanto naturalmente es posible, si la concepción ha tenido lugar antes de la separación de los cónyuges, se encomienda la determinación sobre paternidad al principio de que es padre el que por legítimo matrimonio aparece serlo, y, de lo contrario, al reconocimiento de aquel que cree serlo. Todo, pues, se reduce a justificar, con audiencia del marido, y admitiéndole oposición, si la mujer con la cual ha vivido en sociedad marital, a la disolución de la misma, estaba o no encinta.

Tal vez en concepto de algunos incurramos en la tacha de demasiado prolijos acerca de esta materia: nosotros, por el contrario, creemos ser demasiado parcos, porque en nuestra larga práctica hemos tenido ocasión de observar que, a pesar de ser tan frecuentes las cuestiones, los pleitos, sobre filiación, se produce en ellos tal confusión de ideas, tal indeterminación en los conceptos jurídicos, que no puede atribuirse más que a falta de conocimientos de

los principios reconocidos y preceptos establecidos. Es cierto que éstos son muy pocos en nuestra legislación, y de tal naturaleza, que, en lugar de determinar el objeto en sí mismo, parece que lo dan por conocido, por ya determinado, y sólo tratan de su aplicación en algunos casos concretos y especiales. De aquí, indudablemente, procede la confusión: cuando en una materia jurídica no hay la suficiente fijeza en los preceptos, y a la par existe confusión en los principios, es cuando más campo se encuentra para lucir el ingenio, para acudir a las libres consideraciones, cohonestándolas con la calificación de filosóficas e incurriendo las más de las veces, ya de buena, ya de mala fe, en verdaderas tergiversaciones. Dadas, pues, nuestras excusas para los que quieran tacharnos de prolijos y también para los que nos tengan por parcos, seguiremos nuestro trabajo, entrando ya en el examen de los pocos textos legales que directamente se refieren al reconocimiento de los hijos.

Hemos copiado y comentado, al tratar de la legitimación por gracia real, la ley 6.ª, título 15, Partida 4.ª; aquel, en verdad, es su lugar, pero tampoco puede prescindirse de ella en este, porque si su verdadero y hasta único objeto es la legitimación, de tal modo se refiere al reconocimiento, que en él tiene que fundarse el hijo para poder pedir y obtener del Rey el ser tenido por legítimo. Resulta, pues, de su examen que el padre, en su testamento, puede reconocer a sus hijos e instituirlos herederos, y que, si tal hiciere, el Rey, a petición del hijo, después de muerto el padre, puede confirmar la institución testamentaria. Podemos decir, por lo tanto, que en esta ley se establece el reconocimiento por testamento o en testamento; mas es preciso atender mucho a los términos del texto legal para poder distinguir y fijar todos sus conceptos y supuestos. Desde luego, se observa que el objeto que se atribuye a semejante reconocimiento no es simplemente el de que la persona de que se trata sea tenida por hijo, sino otro mucho más elevado, que consiste en que el que es ya tenido por hijo natural adquiera por el reconocimiento y la gracia real la legitimación; así es que la ley dice «que teniendo algun home fijos natu-

rales, puedelos legitimar en su testamento», pasando en seguida a determinar el modo, que consiste en el ya indicado de decir que son sus hijos, en qué mujer los hubo e instituirlos herederos, viniendo, por último, la confirmación real. Es también muy de notar que en la ley se exige la no existencia de hijos legítimos, con lo que viene a confirmarse el supuesto de que, en todo y por todo, se refiere a legitimación, pues para declarar un hombre la creencia en que esté de haber procreado otro hombre o mujer, en nada se opone el supuesto de que tenga o no hijos legítimos. Véase también aquí lo que ya hemos apuntado; indudablente, en esta ley se comprende la idea del reconocimiento de los hijos en testamento, pero de un modo tan accidental que no sólo se toma como una forma completamente externa, pues lo verdaderamente interno consiste en el conjunto de las condiciones de que sea hijo natural, de que no existan legítimos, de que se exprese ser su hijo, y de que lo instituya heredero. Llevando todavía más lejos el argumento, aun podría decirse que la ley, ni por accidente se refiere al reconocimiento, puesto que exige que el acto se refiera a un hijo natural, y si ya por tal es tenido, no necesita nuevo reconocimiento; por manera que lo que se hace en el testamento es consignar el reconocimiento ya existente. Y esta es la verdad, y ya repetidas veces hemos explicado su razón: por la legislación de las Partidas, en sus conceptos fundamentales, sólo merecían la calificación de hijos naturales los que procedían de concubinato; en esta ley que estamos examinando se relaja algún tanto la doctrina: no se habla de concubina, sino de amiga; se exige que se exprese de qué mujer hubo el hijo; supuesto el verdadero concubinato, no cabía esta exigencia, en razón a que la concubina debía ser una sola y conocida. Se mezclaban ya los conceptos; se admitía ya que pudieran tenerse por hijos naturales los que no procedían de concubina; se incurría ya en la necesidad de establecer un criterio para la filiación cuando faltaban las dos uniones que se admitían como jurídicas; se acudía, para encontrar el criterio, al reconocimiento; pero la idea estaba, por decirlo así, en embrión, y

no podía menos de presentarse confundida con otras que le son análogas, hasta que con el tiempo se perfeccionara la gestación científica y llegara a destruirse la confusión. Es el caso, siguiendo la alegoría, que todavía podemos decir que la materia está en mantillas.

Confírmase esta verdad con el examen de la ley 7.ª del mismo título 15, Partida 4.ª, que dice así: «Instrumento, ó carta, faziendo algun ome por su mano misma, ó mandandola fazer á alguno de los Escribanos publicos, que sea confirmada con testimonio de tres omes buenos, en que diga que algun fijo que ha, nombrandolo señaladamente, que lo conosce por su fijo, es esta otra manera, en que se fazen los fijos naturales legitimos. Pero en tal conoscencia como esta non deben dezir que es su fijo natural, ca si lo dixesse, non valdria la legitimacion. Otrosi, quando alguno que a muchos fijos naturales de vna amiga, e conosce el vno dellos tan solamente por su fijo, por tal carta, e tal manera, como sobredicho es en esta ley, por tal conoscencia como esta seran legitimos los otros hermanos quanto para heredar en los bienes del padre, tambien como aquel en cuyo nome fue fecha la carta; magüer non fuesen nombrados en ella.» Digna de la mayor atención es la ley, porque de tal manera en ella se mezclan los conceptos, que lo primero que en ellos aparece es una manifiesta contradicción; mas como no puede el ánimo decidirse a tenerla por cierta, por considerar imposible que tan claramente en ella incurriera el legislador, prudentemente se incide en la necesidad de su examen. Supone la ley la existencia de hijos, sin determinar en su principio la condición de los mismos, y declara que si el padre manifiesta que lo es el instrumento escrito por su mano, o por escribano con tres testigos, es esta otra manera en que se fazen los hijos naturales legitimos. La manifestación, la declaración del padre, indudablemente se traduce en reconocimiento, y hasta de la misma palabra de que se vale la ley se deduce, puesto que exige que diga que lo conosce por su fijo. Tenemos, pues, que en esta ley se establece el reconocimiento por escritura pública u ológrafa; pero la determinación legal no para en esto, pues su fin

no es el mero reconocimiento, sino la legitimación. ¿Será, por lo tanto, un medio de legitimar los hijos naturales que deba añadirse a los tres que como únicos hemos enumerado en la sección correspondiente? Así aparece, si se atiende a que la ley, como en ella misma se ve, declara que esta es otra de las maneras de hacer los hijos naturales legítimos. Mas en seguida, y aquí entra la causa de la aparente contradición, añade: «Pero en tal conoscencia (reconocimiento) como esta non deben dezir que es su fijo natural, ca si lo dixesse, non valdria la legitimacion.» ¿Cómo, pues, en la ley se expresa que su objeto es establecer otra manera de que los hijos naturales se hagan legítimos, y al mismo tiempo se establece que de esa misma manera no pueden legitimarse los hijos que el padre declare que son naturales? Para nosotros, la dificultad se salva y la contradicción se desvanece tomando la palabra naturales en el sentido, que ya repetidas veces hemos indicado, de significar, no la condición jurídica con que se distingue una de las especies de hijos ilegítimos, sino la idea de ser hijos por naturaleza. La ley, en nuestra opinión, considera que pueden existir hijos habidos en matrimonio o antes de él, de modo que deban resultar legitimados por el subsiguiente y en este concepto, declara que si el padre reconoce los supuestos en documento ológrafo o en escritura pública, deben ser tenidos por verdaderos, y lógica y jurídicamente deduce la consecuencia de la legitimidad o legitimación. De este modo se explica también con toda claridad y precisión la siguiente parte de la ley, por la que se declara que, hecho el reconocimiento con referencia a uno de los hijos, si hay otros de la misma amiga, todos ellos resultan legítimos, con tal que prueben su condición, aunque en la carta o instrumento no sean nombrados. Y la razón es muy sencilla: por el subsiguiente matrimonio se produce necesariamente la legitimación: si, pues, el matrimonio existe para uno de los hijos, no puede menos de reconocerse su existencia para los hermanos de padre y madre, y admitiéndose los efectos para el uno, no pueden negarse para los otros. Comprendiendo de esta manera la ley se viene a parar en que

lo en ella establecido no es verdaderamente una manera de legitimar, ni tampoco de simple reconocimiento, sino el reconocimiento de haber sido legítimos o legitimados por subsiguiente matrimonio los hijos sobre cuya condición quepa la duda. La ley en este concepto aparece completamente filosófica, pues desde luego se comprende su conveniencia y hasta su necesidad: cuando se admitían como jurídicamente existentes los matrimonios clandestinos, no podía menos de ser muy frecuente la ocultación de los hijos que de ellos procedían; aun en la actualidad es también casi constante el ocultar o desfigurar la procedencia de los hijos de uniones ilícitas, y cuando los que en ellas han vivido pasan a contraer verdadero matrimonio, se hace necesario un medio de justificar la filiación, y con ella la legitimación: en la ley que estamos examinando se encuentra establecido ese medio, declarando que lo sea el reconocimiento del padre. Así se explica satisfactoriamente el precepto legal, así se demuestra su concordancia con todos los principios reconocidos, pero también así se confirma nuestra proposición de que, lo mismo en esta ley que en la anteriormente examinada, si del reconocimiento se trata, es por mero accidente, no de un modo directo y sustancial.

Ya hemos visto en la sección anterior cómo pueden ser adoptados los hijos que lo sean por naturaleza: esto nos dió motivo a examinar la ley 7.ª, título 22, libro 4.º del Fuero Real, y a fijar que verdaderamente se refiere a las adopciones en el indicado concepto. Sin embargo, también entre sus supuestos se comprende el de reconocimiento, pues exige que el padre se confiese tal ante el rey o ante omes buenos, nombrando la mujer en quien lo hubo y declarando que lo recibe por hijo. Tenemos, pues, en esta ley, lo mismo que en las anteriormente examinadas, exigido el reconocimiento, pero como uno de los requisitos que deben concurrir para que se verifique otra cosa muy distinta, cual es la adopción; y resulta, por lo tanto, que también lo mismo en esta que en las otras leyes, si bien se trata de reconocimiento, es de un modo accidental, no para establecerlo, sino considerándolo ya conocido y establecido. Lo

mismo, idénticamente, sucede en la ya examinada ley 11 de Toro; también en ella se trata del reconocimiento de los hijos, pero tan sólo para exigirlo como uno de los requisitos que deben concurrir a la verificación de que deban tenerse por naturales, y siendo lo cierto que estas son las cuatro leyes en que más directamente aparece considerado el supuesto, pues ni nosotros hemos encontrado otras, ni tampoco los autores que sobre la materia hemos consultado, viene a resultar que no hay medio de determinar por texto legal directo cuál es la forma jurídica en que debe hacerse el reconocimiento para que sea eficaz en derecho. A falta, pues, de precepto establecido, por necesidad hay que acudir a los principios reconocidos, y admitir la regla general de que allá donde resulte probanza suficiente por cualquiera de los medios que jurídicamente se califican de pruebas plenas, deberá declararse y proclamarse que existe reconocimiento.

De esta indeterminación resulta naturalmente la falta de seguridad, y también que, por precisión, haya de encomendarse la determinación del concepto, en último término, al recto y prudente arbitrio judicial, pues siempre tiene que entrar por mucho este criterio en la apreciación de las pruebas conducentes a la fijación de los hechos. El Supremo Tribunal, en sentencia de 10 de julio de 1846, declaró no ser suficiente la prueba de testigos que decían tener por hijo de uno que en su última voluntad había manifestado su creencia en sentido contrario; en otra de 23 de junio de 1858 decidió que no basta para que un hijo se tenga por reconocido la partida de bautismo en la que se exprese la paternidad, a no ser que se justifique que así en ella se consignara con acuerdo y consentimiento del que aparece ser padre; en otra de 8 de octubre de 1853 se declaró que ni la ley 11 de Toro ni ninguna de las anteriores exige taxativamente que el reconocimiento sea expreso; por manera que hay que convenir en que basta para que se tenga por existente cualquier acto del cual racional y lógicamente se deduzca que el hombre obró en concepto de tenerse por padre, aunque no lo expresara por palabras significativas

de la idea. Estas y otras decisiones vienen a confirmar nuestra proposición: el reconocimiento es la manifestación de la creencia en que uno está de que otro sea su hijo; no tiene forma determinada, pero, por lo mismo, es forzoso admitir que con cualquiera con que se presente, como llegue a justificarse por lós medios que el derecho reconoce suficientes para tener el supuesto por verdadero, deberá tenerse por eficaz. En la ley 6.ª, título 15, Partida 4.ª, se establece como suficiente la declaración del padre hecha en testamento; en la 7.ª del mismo título, la que se hace, o en documento escrito de propia mano del padre, o por medio de escritura pública; en la 7.ª, título 22, libro 4.° del Fuero Real, la que se verifica por confesión ante el Rey o ante hombres buenos. Éstas deberán tenerse por necesarias cuando el reconocimiento tenga por objeto cualquiera de los especiales a que las mismas leyes se refieren; pero ya en la ley de Toro, cuyo objeto es el general de que los hijos se tengan por naturales, ninguna forma especial se determina, y, por consiguiente, para este fin, forzoso será acudir a la regla general, que podrá formularse en los términos siguientes: «De cualquiera manera que conste el reconocimiento del padre, deberá tenerse por eficaz.»

Tenemos todavía que examinar cuál es la extensión de esa eficacia, qué fuerza tiene el reconocimiento; una vez hecho, ¿podrá contradecirse? Forzosamente, hay que admitir la afirmativa. Si el reconocimiento de paternidad no es ni puede ser otra cosa que la manifestación de una creencia, tan pronto como ésta se destruya, resulta destruído lo que sobre ella se funda, y esto hasta tal punto, que, aun después de muerto el que se ha confesado padre, cabe la contradicción, por mananera que se hace necesario proceder distinguiendo; el que ha hecho el reconocimiento podrá contradecirlo, mas ninguno otro, mientras él lo sostenga; después de su muerte podrán también contradecirlo los interesados que se crean perjudicados en sus derechos, pero como la contradicción en todo caso se opone a la presunción que del reconocimiento nace, el opositor tendrá siempre que alegar y justificar justas causas suficientes a destruir la

pretensión. En explicación confirmatoria de toda esta teoría, podremos citar un caso práctico, si bien callando los nombres, porque no nos encontramos facultados para publicarlos, aunque puede decirse que pertenece al dominio público, por constar en un pleito seguido con toda solemnidad y en diferentes jurisdicciones. Un honradísimo padre de familia, y que ocupa una de las más elevadas posiciones sociales, encontrándose viudo y con hijos, tuvo la debilidad de entrar en relaciones ilícitas con una mujer a quien creía también viuda; ella tuvo habilidad para fingirse embarazada; bajo este supuesto, y so pretexto de su decoro, se ausentó de esta corte y se constituyó en un pueblo no lejano; pasado el tiempo suficiente para sostener la ficción, volvió, asegurando haber dado a luz una niña, que había dejado bajo el amparo de una nodriza. Valiéndose de la honradez, de la caballerosidad y hasta de los acrisolados principios religiosos del hombre a quien de tal modo engañaba, lo indujo al matrimonio, que se efectuó en el supuesto de estar los dos en el estado de viudez. No paró en esto su maldad, sino que, teniendo que satisfacer las repetidas instancias de su consorte, dirigidas a que viniera la hija a vivir en su compañía, tuvo medios de fingir que lo era la de unos sencillos y menesterosos trabajadores del campo. El que se creía padre, teniéndola por hija, así lo reconoció, la mantuvo en su compañía, educándola como tal, y en su testamento consignó su creencia declarando que debía compartir sus bienes con los hijos de su primer matrimonio. Al verificarse las diligencias de testamentaría se encontró entre los papeles del finado un documento, una partida de bautismo, entre cuyos supuestos y los que se tenían por verdaderos resaltaba una manifiesta contradicción; esto dió margen a dudas, a sospechas y las consiguientes averiguaciones, y de ellas resultó demostrado, hasta por la más completa evidencia, que la que había contraído el matrimonio, suponiendo ser viuda, era casada, pues aun al tiempo de la justificación vivía su marido, que el pacto había sido fingido, y que los padres de la niña existían, reconociendo y probando su paternidad por todos

conceptos y en todo género de probanzas. Los Tribunales eclesiásticos declararon la nulidad del supuesto matrimonio; los civiles, la exclusión de la herencia de la supuesta hija, condenando a la madre a las penas en que había incurrido, y de este modo triunfó la verdad de la falsía, sin que en nada para ello obstara la manifestación y confirmación tan confirmada de la creencia en que de tan buena fe había procedido el hombre que de tal modo había sido engañado. Considerando, pues, este caso y todos sus complicados supuestos, se pueden encontrar en él ejemplos para explicar y determinar todas, o, a lo menos, la mayor parte de las máximas que dejamos consignadas y de los textos legales que hemos tenido que examinar para explicar la materia del reconocimiento de los hijos.

CAPÍTULO III

De los modos de constituirse la patria potestad (1).

El matrimonio es la primera causa o motivo que produce la patria potestad sobre los hijos.—Sentencia en pleito sobre filiación.—Ingratitud del hijo.—Adopción.—Todas las causas pueden refundirse en la idea sintética de legitimidad.

Hemos dicho que la patria potestad puede definirse diciendo ser el conjunto de los derechos de los padres sobre las personas y bienes de sus hijos legítimos, legitimados y adoptivos no emancipados. Hemos ya expuesto cuáles son las tres clases o especies de hijos que se comprenden en el sentido afirmativo de la definición; toda la materia, por lo tanto, de este capítulo, se reduce a concordar las ideas ya enunciadas y explicadas con la que se comprende en la que se expresa en su mismo epígrafe. Si la patria potestad se extiende a dos hijos legítimos, legitimados y adoptivos, las causas, que la producen, los modos por los cuales se constituye, serán la legitimidad, la legitimación y la adopción, y siendo lo cierto que la primera se confunde en el mismo concepto que el matrimonio, sin violencia, sin inconveniente, y hasta con ventaja, podrá sustituirse en el medio de expresión, acudiendo, por decirlo así, a la causa de la causa, y concluyendo por asentar que la primera de las de patria potestad es el matrimonio, o sea las justas nupcias, para usar la fórmula tomada directamente del derecho romano, y que, como técnica, se ha conservado en el nuestro.

No aparece muy conforme con esto la ley 4.ª, título 17,

(1) Art. 154 del Código vigente.

Partida 4.ª, puesto que en ella, en lugar de las tres, se enumeran cuatro causas que producen la patria potestad, y además se nota que de las tres se suprime una, de modo que sólo se expresan dos, y, por consiguiente, otras dos distintas. Esta a manera de contradicción de la ley con lo generalmente admitido en el tecnicismo jurídico, necesariamente conduce a buscar la concordancia, explicando los dos medios de expresión; dice la ley: «El poderio que han los padres sobre los fijos se establesce en cuatro maneras: La primera es por el matrimonio que es fecho segund manda Santa Eglesia. La segunda es como si acaesciesse contienda entre algunos, si eran padre, ó fijo, e fuesse dado juyzio acabado entre ellos que lo eran. La tercera es como si el padre oviesse al fijo librado de su poder, e despues desto fiziesse el fijo algund yerro contra el padre, quel oviesse a tornar en su poder. La quarta es por adopcion, que quier tanto dezir como porfijamiento. E esto seria como si el abuelo de parte de la madre porfijase á su nieto; ca en tal manera, caeria el nieto en poder de tal abuelo.» Se observa que, conforme a nuestra indicación. las cuatro maneras de establecerse la patria potestad son: el matrimonio; la sentencia en pleito sobre filiación; el recaer, por causa de ingratitud, en la patria potestad el que ha sido emancipado, y la adopción. De las tres que hemos expuesto, falta la legitimación, y hay demás la sentencia y la ingratitud. Para cumplir, por lo tanto, nuestro propósito, las señalaremos por el orden con el que aparecen en la ley.

El matrimonio produce la patria potestad sobre los hijos que de él proceden: acerca de esto nada tenemos que añadir a lo ya expuesto, y sí sólo refundirlo en la fórmula de que los padres ejercen su potestad sobre los hijos legítimos. Mas ¿cuál puede ser la razón de que la ley haga caso omiso por completo de los legitimados? Una sumamente sencilla, pues consiste en que las palabras legitimación y legitimados verdaderamente no son técnicas en el lenguaje de las Partidas, porque en él la idea se expresa con la frase «modo de fazer legitimos», sin usar, por consiguien-

te, la palabra modal legitimación, y expresando el objeto de la acción, no por el modo, sino por el efecto. Los hijos legitimados son legítimos, porque la ley así lo declara hasta en el medio material de expresar la idea. La legitimidad se produce por el matrimonio, bien sea anterior, bien sea posterior al nacimiento, y así hemos visto que la ley que lo declara es la 1.ª del título 13, que tiene por epígrafe «De los hijos legitimos». Esto en cuanto a los legitimados por subsiguiente matrimonio, y en cuanto a los que lo son por gracia real o por cualquiera de los otros medios que hemos explicado, también y constantemente se usa la frase de «fazer sus fijos legitimos», como puede verse en las leyes 4.ª y siguientes del título 15. Si, pues, en la que ahora estamos examinando nada se dice de legitimación, es porque en la idea de matrimonio se comprende la que se verifica por el subsiguiente, y las demás en las leyes que las establecen se encuentran equiparadas. En una palabra, porque la legitimación produce la legitimidad, y ésta el derecho de patria potestad.

La sentencia en pleito sobre filiación es, según la ley que estamos examinando, la segunda manera de constituirse la patria potestad. También acerca de este punto tenemos consignados los principales supuestos en la sección 4.ª del capítulo anterior al examinar si el reconocimiento de los hijos puede o no ser impuesto, o si más bien, generalmente, los pleitos de filiación versan sobre justificar que directa o indirectamente el padre la ha reconocido. Según las palabras del texto legal, su concepto se extiende no sólo a los casos en que el hijo demande que se declare su filiación, sino también a los en que el padre pretenda la de la paternidad: de modo que el derecho está constituído en concepto de recíproco. Pero es preciso considerar cuál es el verdadero supuesto a que la ley se refiere para establecer que la sentencia declaratoria de filiación produzca la patria potestad. Sólo se concede este derecho a los padres, como muy luego probaremos, sobre los hijos legítimos: el pleito, por consiguiente, ha de versar no sólo sobre filiación, sino sobre legitimidad, porque, de lo contrario, la

sentencia nunca podrá ser resolutoria del supuesto necesario de la causa eficiente de la patria potestad. No están sujetos a ella, por ejemplo, los hijos naturales; si, pues, el litigio ha versado sobre paternidad o filiación, en este concepto, por más que la sentencia decida el supuesto en concepto afirmativo, nunca podrá considerársele causa de la patria potestad. En confirmación de toda esta doctrina, y ya que de sentencia sobre filiación se trata, no podemos menos de citar la del Supremo Tribunal de justicia, dictada en 28 de junio de 1852, en recurso de nulidad. Litigaba un padre, a nombre de su hijo, los derechos hereditarios que le pertenecían en los bienes de la abuela materna: el demandado, como abuelo, negaba el supuesto de ser padre de la madre del demandante, y alegaba que, aunque había tenido una hija, murió de muy tierna edad, siendo la que llevaba el nombre de aquélla una niña sacada de la Casa de Expósitos. Resultaba que el demandado había tenido siempre en su casa y compañía a la persona en cuestión en concepto de hija, y dándole el nombre que en la partida de bautismo aparecía ser el de la verdadera. Que en los contratos matrimoniales de la madre del demandante aparecía el demandado como padre de la misma persona en cuestión; también en la partida de casamiento, y hasta en la de bautismo del demandante. El demandado intentaba destruir todos estos supuestos y reconocimientos terminantes con su negativa y una justificación testifical del fallecimiento de su verdadera hija y la sustitución por la sacada de la Casa de Expósitos. La sentencia decidió a favor de la filiación: se declaró al demandante nieto del demandado. En este litigio, como se ve por su simple indicación, no se disputaba la mera filiación de la hija del demandado, no la procedencia natural, sino el concepto de legitimidad, y se falló la afirmativa, fundándose precisamente el fallo en los respectivos y solemnes reconocimientos del supuesto, sin apreciar la posterior negación del que lo había reconocido, pero dando por razón la de no considerar suficiente para la contradicción la prueba practicada. Véase, pues, cómo, en este pleito sobre filiación, lo que verdaderamente se litigaba

era la fuerza que debía darse al reiterado reconocimiento, en contraposición a la que quería atribuirse a la contradicción posterior, sostenida por el mismo padre; y véase cómo la sentencia, con alguna modificación en los supuestos, reducida a que directamente se hubiera tratado de la hija, siendo soltera, hubiera producido los respectivos derechos y obligaciones de la patria potestad.

Puédese resumir la tercera manera de constituir la patria potestad en la idea expresada con la palabra ingratitud, pero es lo cierto que cuando la ingratitud se toma por causa, como aparece en la ley, sus efectos resultan más bien en sentido negativo o rescisivo que en el verdaderamente afirmativo. Para considerar el caso a que se refiere el texto legal, como de él mismo resulta, es preciso admitir el supuesto de que el hijo hubiese salido de la patria potestad por la voluntad del padre, que el padre oviese librado al fijo de su poder, y que, después de esto, el hijo cometiera tal injuria contra el padre, que deba ser privado de la libertad que por el mismo le había sido otorgada. No es, por lo tanto, este modo uno de los que deben considerarse como constitutivos de la patria potestad, y sí más bien una causa de recobrar la voluntariamente perdida, y, en último resultado, una revocación, una negación de lo que antes se había concedido. Por eso la ley, con toda exactitud, al consignar esta manera o causa de establecer la patria potestad, fija mucho el concepto de que de ella haya salido el hijo por voluntad de su padre, de que la libertad sea por beneficio del padre, contra el cual resulte la ingratitud del hijo, devolviendo mal por bien; y es preciso no perder nunca esto de vista, porque sería muy fácil incurrir en contradicción, si no se distinguieran entre sí todas las causas por las cuales los hijos salen de la patria potestad, para determinar cuáles son las dependientes, y cuáles no, de la voluntad paterna. Tenemos que dedicar todo un capítulo al objeto de exponer y explicar esta indicada distinción; cuando, pues, tratemos de la emancipación, de las causas que la producen y también de las que pueden producir su revocación, natural y forzosamente podremos y deberemos explanar y

concluir la materia que ahora se indica, y que es imposible exponer por completo, a no ser adelantando ideas que deben reservarse para otro lugar.

La cuarta manera de constituirse la patria potestad es la adopción. Al tratar especialmente de ella hemos determinado sus diferencias, de las que resulta que por la arrogación, y según el Código de las Partidas, se produce verdaderamente la patria potestad, y respecto de la adopción, tan sólo cuando se verifica la que jurídicamente se llama plena. De ésta es precisamente de la que trata la ley, lo que claramente se significa diciendo: «E esto seria como si el abuelo de parte de la madre porfijase á su nieto.» En cuanto a esto, únicamente hay que notar la exactitud con que aparece el precepto legal, pues siendo lo cierto que, por la legislación de la cual forma parte, al abuelo paterno directa e inmediatamente correspondía la patria potestad, inútil, y hasta contradictorio, vendría a resultar que pudiera adquirirla por medio de la adopción. Al contrario, no correspondiendo al abuelo materno la patria potestad, solamente a él puede referirse con aplicación el concepto de que la adquiera por medio de la adopción. Mas esto supuesto, es preciso examinarlo en combinación con las modificaciones introducidas por la ley 47 de Toro. Conforme a ella, el hijo, al contraer matrimonio, sale de la patria potestad; los que él tenga, por lo tanto, no quedan sujetos a la del abuelo paterno, y supuesto que, por existir la misma razón, la ley concedía al materno el adquirir la patria potestad por medio de la adopción, parece consiguiente que lo mismo se conceda al abuelo paterno, aunque para ello haya que acudirse a una interpretación extensiva del precepto legal. Lo más notable que presenta la ley es que en ella nada se dice respecto de arrogación, y tanto es esto más reparable, cuanto que precisamente en su misma determinación forzosamente hay que tomarlo en cuenta. Se trata de la adopción de un nieto por su abuelo materno. Para que el supuesto sea de verdadera adopción es preciso admitir que el adoptado tenga padre o abuelo, según la legislación de las Partidas, o padre, según la ley de Toro, es decir, que

esté sujeto a la patria potestad, pues de lo contrario, no podrá tener efecto la adopción, y sí la verdadera arrogación. Ahora bien: al adquirir el abuelo materno por la adopción la patria potestad, ¿la pierde el padre del adoptado? En nuestro concepto, debe admitirse la afirmativa, porque teniendo que intervenir en el negocio la persona a quien corresponde directamente la patria potestad, y no pudiéndose verificar la transferencia del derecho sin su consentimiento, por el axioma jurídico de que «el que acepta el antecedente se supone que consiente en el consiguiente», al consentir en la adopción plena, enajena, consiente en la transferencia del derecho. Si el adoptado no está bajo la patria potestad, ya lo que se verifica no es la adopción propiamente dicha y sí la verdadera arrogación; pero por ésta, y según la legislación de Partidas, siempre se produce la patria potestad, y he aquí, a nuestro juicio, la razón de haberse omitido en la ley lo referente a este punto, reducida simplemente a no repetir lo que de un modo tan terminante se expresa en las leyes, que ya, al tratar de la adopción y sus especies, hemos tenido lugar de examinar. Pero todavía nos queda que decir que toda esta artificiosa armonía, traída directamente a las Partidas del derecho romano, no se encuentra tan rigurosamente exigida en nuestra verdadera legislación patria; ya en su oportuno lugar lo hemos consignado, demostrando, con el examen de las leyes del Fuero Real, que en ellas desaparece casi por completo la rigurosa diferencia entre la adopción y la arrogación; y siendo lo cierto, por otra parte, el haberse restringido muy considerablemente los efectos de la patria potestad, ha venido, en verdad, a disminuirse el interés de las cuestiones que en el terreno puramente especulativo pueden suscitarse sobre los puntos indicados, y a tenerse que reconocer que, en la actualidad, el porfijamiento, llámese arrogación o adopción, se toma siempre en concepto de que produzcan únicamente lo que se crea favorable al porfijado, y, por lo tanto, que la patria potestad que el porfijador adquiere debe también adminitirse en el mismo beneficioso concepto a favor del porfijado.

Expuesto lo que hay que considerar acerca de las cuatro maneras de constituirse la patria potestad, comprendidas en la citada ley 4.ª, título 17, Partida 4.ª, viene a resultar que todo puede refundirse en la idea sintética de legitimidad, verdadera o fingida, porque la legitimación por medio de una ficción hace legítimos los hijos naturales; la adopción constituye también en legitimidad a los que no son hijos por naturaleza; la sentencia decide acerca de la legitimidad dudosa; la adopción, también por medio de otra ficción, produce un derecho que, por lo mismo de serlo, tiene que ser legítimo, constituyendo en legitimidad a los que no son hijos por naturaleza; y respecto de la ingratitud, ya hemos visto que es más bien causa de readquirir, que medio o manera de constituir la patria potestad. Resumidos, pues, en este único concepto todos los supuestos constitutivos de la patria potestad, con toda exactitud puede decirse que sólo los hijos legítimos son los que están sujetos a la patria potestad, si bien en esta proposición sintética haya de comprenderse todo lo que resulta del verdadero análisis de la materia, y esto, que puede ya considerarse demostrado de un modo afirmativo, vendrá a confirmarse con la negativa contraria. La ley 2.ª del mismo título dice así: «Naturales son llamados los fijos que han los omes de las barraganas, segund dize en el titulo que fabla dellos. E estos fijos atales non son en poder del padre, assi como lo son los legitimos. E otrosi, non son en poder del padre los fijos que son llamados en latin *incestuosi*, que quier tanto dezir como aquellos que han los omes de sus parientas fasta el quarto grado, o en sus cuñadas, o en las mugeres religiosas. Ca estos atales non son dignos de ser llamados fijos, porque son engendrados en gran pecado.» Por este terminante texto legal se encuentran excluídos de la patria potestad los hijos naturales, los incestuosos y los sacrílegos. Es cierto que expresamente no se comprenden los adulterinos, los verdaderamente espúreos, ni los de dañado y punible ayuntamiento; pero no puede menos de considerárseles comprendidos por la tácita, porque no sólo igual, sino mayor razón existe para aplicarles lo que en la

ley se determina respecto de los sacrílegos, de los incestuosos y todavía más de los naturales. Combinadas, por lo tanto, las leyes 2.ª y 4.ª en ambos conceptos afirmativo y negativo, resulta que todos, pero solos los hijos a los que debe atribuirse el supuesto de legitimidad, son los que se encuentran sujetos a la institución de la patria potestad.

CAPÍTULO IV

De los derechos y obligaciones que se comprenden en el de patria potestad respecto de las personas (1).

Fundamento y extensión de la patria potestad.—El derecho de patria potestad, ¿es real o personal?—Determinación de la base y extensión del derecho en la ley 3.ª, tít. 17, Partida 4.ª—Derecho del padre de matar y vender al hijo.—Comentarios acerca de este derecho.—Negativa a la madre de la facultad que concede al padre.—¿Debe considerarse abolida la facultad que la ley concede al padre?—Facultad del padre para recobrar el hijo que está en poder de otra persona o que se halle vagando—Facultad de castigar al hijo, y extensión de la misma.—Derecho correlativo a la obligación de obtener los hijos licencia para casarse.—Dirección y defensa de los derechos sobre las cosas.—Relaciones con la materia de peculios

Hemos indicado que, además de deberse considerar la patria potestad como un reconocido principio de derecho divino, natural y positivo, es una institución necesaria dentro del derecho humano, porque por ella se establece la jefafura de la sociedad familiar. Al hablar del matrimonio dijimos que el poder marital era necesario, porque no se concibe sociedad bien organizada sin que en ella exista un jefe que la dirija en lo interior y la represente en las relaciones exteriores. Esto, que allá examinamos con referencia al marido y a la mujer, tiene que ser objeto aquí de nuestro examen, relativamente a los padres y a los hijos. El marido debe ser, y efectivamente es, el jefe de la sociedad; y como los hijos vienen a ser individuos de ésta, por razón de la misma necesidad deben estar y están sujetos a la misma jefatura. Esto, con sólo enunciarlo queda completamente justificado; pero la dificultad consiste en determinar *à priori*, de modo que pueda servir de base y punto

(1) Artículos 155 a 158 del Código civil.

de partida, la extensión de la necesaria jefatura, los verdaderos límites dentro de los cuales deba aparecer, de modo que a la potestad no se conceda más de lo justo, en términos de que pueda llegar a tiranía, ni tampoco menos, con peligro de que venga a ser ineficaz. Esta dificultad, que, sin temor a incurrir en exageración, puede decirse que llega a constituir verdadera imposibilidad, resulta también *à posteriori*, pues del examen de cuanto se ha legislado en la materia aparece que con ella han luchado todos los pueblos, todos los Estados, todas las naciones, fluctuando sus decisiones en tan extenso espacio como es el que se comprende, concretándonos a nuestra patria, desde la facultad que al padre se concedía para matar al hijo, hasta la prohibición de exheredarlo cuando se casa contra su voluntad. Resultando, pues, la dificultad o imposibilidad de determinar los supuestos por medio de un criterio general y constante, y habiendo ya indicado que lo que se observa en esta, como en otras materias, es esa a manera de regla universal de que las cosas crecen y se aumentan a costa de las que le son próximas, vendráse a parar en aceptarla como única razón explicativa de la disminución de los derechos que se comprenden en el de patria potestad. Cuanto más se extiende y crece poder público, más tiene que disminuirse el privado; el padre, hasta hace poco tiempo, tenía facultad de exheredar al hijo que, necesitando su licencia para casarse, se casaba contra su voluntad; hoy, el poder público niega al padre esa facultad y establece penas para el hijo que se case contra la voluntad de su padre.

Con estos antecedentes podremos ya pasar al examen de las leyes que concretamente se refieren a la determinación de la materia objeto de este capítulo. Ya en el primero de este mismo titutulo hemos expuesto las ideas generales sobre este mismo punto, acudiendo a la distinción, tan constantemente necesaria en nuestra jurisprudencia, de las máximas godas y romanas. Nos encontramos, por lo tanto, en posición de seguir nuestro trabajo tomando por pauta la legislación de Partidas, y lo haremos ocupándonos primero de los derechos que se refieren a las personas,

para considerar después los que se refieren a las cosas, distinción que, además de creerla muy conducente a la bien ordenada explicación, nos induce, en primer término, a considerar otra de las que se presentan como ideas generales, si bien para ello tengamos que adelantar algunas de las que deban reservarse para otro lugar. El derecho de patria potestad, ¿es real o personal? Toda controversia sobre tal cuestión será sobre palabras, no sobre cosas; así es que las que se han suscitado puede decirse que no han salido de las aulas: un célebre publicista y jurisconsulto alemán le llama derecho personal de una especie real; la verdad es que el concepto, en el que se hace la distinción de derechos reales y personales, ni tiene ni puede tener aplicación al que se llama derecho de patria potestad. Si queremos remontarnos a las primeras ideas jurídicas, o sea las romanas, en su antigua legislación, nos encontraremos con que, considerándose los hijos cosas de los padres, y hasta por el dominio quiritario, supuesto que éste al padre correspondía, habría que reconocérsele un derecho real, y si se quiere decir que repugnaba el que existiera un derecho real sobre persona, se podrá contestar que el hijo no lo era respecto al padre. He aquí, por consiguiente, determinado cómo la patria potestad no sólo podía comprenderse en la idea genérica de derecho en la cosa, sino en la específica de dominio, y, con muy pequeñas diferencias, de dominio igual al que se tenía sobre los esclavos. Mas conforme se viene desde aquellas instituciones a las que ahora nos rigen, de tal modo se ha variado lo sustancial de la materia y todos sus particulares conceptos, que en el ridículo se daría con la proposición de que al padre compete el dominio sobre sus hijos. La patria potestad tiene su fundamento en cosas más altas de las establecidas por los hombres; no puede, por lo tanto, sujetársela a ser significada o determinada por una u otra palabra de pura invención humana; tiene, por lo mismo, un nombre propio, no derivado de una artificiosa distinción, y en las mismas leyes así lo veremos consignado.

Dice la ley 3.ª, título 17, Partida 4.ª: «Tomase esta pala-

bra, que es llamada en latin *potestas*, que quier tanto dezir en romance como poderio en muchas maneras. Ca á las vegadas se toma por señorio, assi como aviene en el poderio que ha el señor sobre su siervo. E á las vegadas se toma por jurisdicion, assi como acaesce en el poder que han los Reyes, e los otros que tienen sus lugares sobre aquellos á que han en poder de judgar. E á las vegadas se toma por el poder que han los Obispos sobre sus Clerigos, e los Abades sobre sus Monges, que les son tenudos de obedescer. E á las vegadas se toma esta palabra *potestas* por ligamiento de reverencia, e de subiecion, e de castigamiento que deve aver el padre sobre su fijo. E desta postrimera manera fablan las leyes deste titulo.» De las cuatro especies que según la ley se comprenden en la idea genérica potestad, sólo la primera, que es la que el señor ejerce sobre su siervo, se parifica al dominio, llamándole señorío, y, por consiguiente, esta es la única que entra en la calificación de derecho en la cosa: a la potestad real se llama jurisdicción; a la que ejercen los prelados eclesiásticos, poder, y, por último, se considera la cuarta diciendo que consiste en el ligamiento de reverencia y de subiecion e de castigamiento que deve aver el padre sobre su fijo, viniendo a fijar que esta es la verdadera patria potestad. Se ve, por lo tanto, en esta ley distinguido el derecho de patria potestad de todos los demás, hasta de aquellos con los cuales podía tener mayor semejanza, y especificándolo y definiéndolo por sus dos conceptos más distintivos, y que consisten en las obligaciones de reverencia y sumisión por parte de los hijos y en el derecho de castigar que al padre se concede. Tenemos, por consiguiente, en esta ley determinado no sólo el género y la especie del derecho de que tratamos, sino también, en cuanto es posible, su extensión en abstracto, la base fundamental, el punto de partida para proceder a las investigaciones sucesivas en todo lo que se refiere a las personas, puesto que podemos decir que la patria potestad consiste en el derecho correlativo de las obligaciones de reverencia y sujeción que a los hijos se impónen, y en el de castigo para hacérselas cumplir.

Ya hemos visto en el capítulo primero los antecedentes relativos al derecho, en algún tiempo concedido a los padres, de matar y de vender a sus hijos; la ley 8.ª del citado título dice así: «Quexado seyendo el padre de grand fambre, e aviendo tan grand pobreza que non se pudiesse acorrer dotra cosa, estonce puede vender ó empeñar sus fijos, porquea ya de que comprar que coma. E la razon porque puede esto fazer es esta: porque pues el padre non ha otro consejo, porque pueda estorcer de muerte él nin el fijo, guisada cosa es quel pueda vender e acorrerse del precio, porque non muera el uno nin el otro. E aun ay otra razon porque el padre podria esto fazer: ca segund el Fuero leal de España, seyendo el padre cercado en algun castillo que toviesse de señor, si fuesse tan cuytado de fambre que non oviesse al que comer, puede comer al fijo, sin malestanza, ante que diesse el castillo sin mandado de su señor. Onde, si esto puede fazer por el señor, guisada cosa es que lo puede fazer por si mismo. E este es otro derecho de poder que ha el padre sobre sus fijos que son en su poder, el qual non ha la madre. Pero esto se puede fazer en tal razon que todos entiendan manifiestamente que assi es, quel padre non ha otro consejo, porque pueda estorcer de muerte si non vendiere ó empeñare al fijo.»

En esta ley, aunque concretados a los más estrechos límites, se encuentran reconocidos los derechos de matar y vender el padre al hijo, si bien fundándolos en la extrema necesidad sobre la cual llega a reconocerse el principio de que carece la ley. Sólo cuando el padre necesite el precio del hijo para comer, de modo que, de no cubrir esta necesidad natural, pueda venirle la muerte, le concede la facultad de vender o empeñar, con el piadoso fin de que no muera ni el uno ni el otro. Pero la ley, llevando más allá la suposición, llega a la de no ser posible con la venta lograr el propósito considerado, y en tal caso permite al padre comerse al hijo, y, por consiguiente, matarlo. Pero es muy de notar cómo en la ley se encuentra establecida esta facultad: empieza por consignar que, según fuero leal de España, es decir, según las máximas de lealtad, los deberes a que se

consideraban sujetos los jefes defensores de las fortalezas, cuando la necesidad llegaba al punto de tener que sacrificar al hijo en cumplimiento de la defensa, podía matarlo para comérselo antes de entregar el castillo, y de esta premisa procede para determinar que lo que el padre puede hacer por su señor pueda hacerlo por sí mismo; y, sin embargo, no encontramos que sea necesario considerar el antecedente para legitimar el consiguiente. El supuesto considerado es el verdaderamente extremo; la cuestión, por lo tanto, podría formularse en estos términos: si el padre y el hijo se encuentran en posición de que para vivir el uno tenga que morir el otro, y esto de tal modo que sin la disyuntiva mueran los dos, ¿a quién debe concederse la facultad? ¿A quién debe imponerse la obligación? No habrá nadie que no conteste en el sentido que contesta la ley, y esto sin necesidad de buscar antecedentes más que en la razón natural. Por naturaleza, el hijo está más obligado al padre que el padre al hijo, y como en todo resalta, por poco que queramos considerarlo, la infinita sabiduría, la infinita bondad del Supremo Creador, para regularizar el ejercicio del derecho correlativo, ha impreso en el padre mayor amor, mayor cariño que en el hijo. Los autores de la ley, considerando este perfecto equilibrio, no podían temer que el padre abusara de la facultad que se le concede, y he aquí la razón filosófica y moral de la ley, sin que sea necesario acudir a ninguna otra, y viniéndose a parar en que si se consigna la que se presenta como antecedente, es tan sólo por ligar el concepto con otros, haciéndolo más comprensible, y, por decirlo así, menos metafísico.

Sobre esta disposición legal se han hecho muchos comentarios, pues de ella se han ocupado autores nacionales y extranjeros: unos la han tachado de bárbara; otros, de sublime, considerando que sólo en un pueblo de héroes cabe que se admita como racional el preceptuar el parricidio por sostener la fidelidad. Para nosotros, todo esto es hiperbólico, exagerado y hasta falto de exactitud, porque no es la ley que estamos examinando la que verdaderamente establece el precepto que quieren examinar, sino

otra muy distinta, por su muy diferente objeto. En la que ahora nos ocupamos no se impone al padre la obligación, el precepto, de comerse al hijo, y sí sólo se le concede la facultad, acudiendo a considerar que la misma le estaba concedida para cuando, no en provecho propio y sí en el de su soberano, tuviera que usarla, expresando que esto era fuero leal de España. Ya hemos dicho el significado de esta locución; pero la ley podía decir todavía más, pues no sólo por costumbre de lealtad admitida, sino por precepto consignado en el mismo Código, se encuentra establecido el mandato de que el padre, en defensa de la fortaleza que le está encomendada, debe sacrificar sus hijos. La ley 6.ª, título 18, Partida 2.ª, hablando de los alcaides de los castillos y de cómo los deben guardar, dice así: «E si acaesciessen que gelo cercassen, ó gelo combatiessen, develo amparar fasta la muerte. E por tormentar, e ferir, ó matar la muger, ó los fijos, ó otros omes qualesquier que amasse, ni por ser él preso, ni atormentado, ó ferido de muerte, ó amenazado de matar, ni por otra razon que ser pudiesse, de mal ó de bien, que le fiziessen, ó le prometiessen de fazer, non debe dar el Castillo, nin mandar que le diessen. Ca si lo fiziesse, caeria por ende en pena de traycion como quien trae Castillo de su señor.» Esta ley no se apoya ya en el supuesto de que al padre sea necesaria la carne del hijo para comer, y, por consiguiente, vivir, sino en la extensión del deber a que estaban sujetos los defensores de las fortalezas; con este deber cumplieron D. Alonso Pérez de Guzmán, llamado el Bueno, y Roger de Sangeneto; y no ellos solos, sino otros muchos, pues hasta en nuestros días se han repetido los ejemplos, y podríamos citar el del Comandante de Nacionales de una villa de Navarra, que, al serle presentados su mujer y sus hijos para obligarle a rendir el fuerte que defendía, obrando como el segundo de los citados, reiteró la orden de dirigir los tiros contra el enemigo, sin que le arredrara el que tuvieran que pasar al través de tan caros objetos. La Divina Providencia quiso que el heroísmo no llegara al parricidio; mas no por eso se disminuyó el mérito del héroe D. Fermín Iracheta. La ley será

dura, propia de un pueblo rudo; podrá poetizarse todo lo que se quiera acerca de estos extremos, mas siempre resultará que está en consonancia con los sentimientos de un pueblo que en todas épocas ha comprendido el deber de fidelidad hasta el sacrificio de lo que se estima en más que la vida. Séanos lícita esta digresión, que, aunque en poco conduzca a la determinación de los conceptos que estamos examinando, no deja de ser conducente a la defensa de las máximas que se encuentran esparcidas en toda nuestra legislación.

Volviendo a la ley, verdadero objeto de nuestro examen, encontramos en ella una idea que parece contrariar en algo la razón en que se funda su defensa. Niega a la madre la facultad que al padre concede; no puede, por lo tanto, la madre salvar su vida a costa de la del hijo, ni aun en el caso extremo de no haber otro medio; no puede venderlo, empeñarlo ni matarlo, aunque en ello consista el salvar su propia vida. Acudiendo a la razón natural, sinceramente confesamos que no encontramos en qué pueda fundarse la diferencia; sin duda, los autores de la ley la encontraron en la distinción jurídica de que sólo al padre se le concede la patria potestad, como así es lo cierto, con arreglo a la legislación de las Partidas, reflejo de la romana. La ley siguiente, 9.ª, del mismo título 17, Partida 4.ª, dice así: «Por cuyta de fambre vendiendo el padre á su fijo, segund dice en la ley ante desta, dando él mismo por sí aquel precio porque fue vendido, ó otro por él, deve ser tornado en libredumbre. Pero si aquel, despues quel compró, le mostró algund menester, ó alguna sciencia, porque valiesse más que á la sazon quel compro, non es tenudo de darle por el precio quel dio tan solamente; antel deve dar demas del precio, quanto fallaren en verdad comunalmente omes buenos, e sabidores que vale mas por razon de aquello que despues aprendio, ó quanto despendio de lo suyo en fazerle aprender.» Por el literal contexto de esta ley, y todavía más por su verdadero espíritu, deducido de su comparación con las que determinan la materia a la que parece referirse, se deduce con pleno convencimiento que la venta que

el padre puede hacer de su hijo se diferencia esencialmente de la que de su esclavo hace el señor o dueño. Ni el siervo, ni el que lo vendió, ni ningún otro puede conseguir la libertad del vendido por sólo devolver al comprador la misma cantidad que dió por precio, y esta facultad se concede al hijo objeto de la venta y a cualquiera otro, y, por consiguiente, al padre. Consignado este precepto, se confirma todavía más en la misma ley, ordenando que si el comprador invirtió algo en perfeccionar la educación del comprado, puede reclamar lo invertido, además del precio, pues en esto se ven preceptuadas las reglas establecidas, no respecto de lo que se hace en cosas propias, sino en cosas que se poseen de buena fe. Si al comprador se le supusiera verdadero dueño, aun con la obligación de la retroventa, habría de concedérsele, no el tanto de las expensas, sino el total del exceso que, respecto del valor de la cosa, se hubiera conseguido. La ganancia que resultara de la diferencia, debería atribuirse al dueño, y, según la ley, por el contrario, se atribuye a la persona objeto de la venta. El resultado final de estas observaciones es tan de notar, cuanto que con ellas se viene a parar en que el hijo vendido en las condiciones establecidas por estas leyes no deja de ser persona, no se constituye en cosa, y esto es hasta tal punto notable, cuanto que de ello se desprende nada menos que la razón fundamental de la variación de una fórmula jurídica. Por el derecho romano se decía que los hijos, respecto de los padres, eran cosas; por nuestro derecho, aun el de la legislación de las Partidas, hay que decir que el padre y el hijo constituyen una sola personalidad.

Réstanos todavía examinar lo que debe considerarse vigente acerca de esta materia. En la actualidad, ¿debe considerarse abolida la facultad que la ley concede al padre respecto de la vida de su hijo? Horroriza la cuestión, y más todavía su resolución, pero, por horrorosa que sea, preciso es el admitirla, indispensable el consignarla; sólo consuela la idea de la gran dificultad de que lleguen a concurrir los supuestos, pero si llegan, si concurren las circunstancias de que sólo a costa de la vida del hijo pueda salvarse la del

padre, el hijo es el que debe morir, porque en las relaciones que entre los dos existen, mayores son las obligaciones del hijo respecto al padre que las del padre respecto del hijo. ¿Podrá venderlo? No obstante de que aparece que, concediéndole lo más, no puede negársele lo menos, la cuestión en este punto es más difícil de resolver. Si hubiera de reconocerse que el hijo, por la venta, se constituía en esclavitud, forzosamente se incurriría en la consecuencia negativa, porque en la actualidad se niega el supuesto: hablamos en términos generales, y prescindiendo de la especial legislación de nuestras provincias de Ultramar, pero hemos consignado que por la venta del hijo, y según la ley 9.ª, no se le constituye en verdadera esclavitud, de modo que la abolición de ella no puede tomarse como derogación directa ni indirecta de las leyes por las cuales al padre le es permitido venderlo. Si, pues, la ley existe y no se presenta otra derogándola, forzoso es considerarla vigente. Mas ¿cuál será en la práctica su eficacia? Si no es, como resulta por su misma teoría, la de transferir el dominio, la de constituir al hijo en verdadera esclavitud, la eficacia de la facultad reconocida al padre queda reducida, por más que quiera llamársele venta, a la de contratar con un tercero servicios que el hijo tenga que prestar, aun contra su voluntad, mientras no repugnen a lo lícito y honesto, y siempre reconociéndose el derecho de redimirlos conforme a la ley 9.ª, sin perder nunca de vista que aun esto de obligar al hijo contra su voluntad, según las mismas leyes, nunca cabe sino en el caso de extrema necesidad.

La ley 10 del mismo título 17, Partida 4.ª, dice así: «Otro poder ha el padre aun sobre el fijo. Ca magüer alguno lo tenga en su poder por fuerza, ó de su voluntad del fijo, puede el padre demandarlo por juyzio, e tornarlo en su poder. Esso mismo seria si el fijo anduviesse, por su voluntad, vagando por la tierra, non queriendo obedecer á su padre; ca puede el padre demandar al Juez del lugar do lo fallare quel torne en su poder; e el Juez, de su oficio, es tenudo de lo fazer.» El padre, como jefe de la familia, es el que no puede menos de tener la facultad de determinar

todo lo concerniente al gobierno interior de la misma, y, por lo tanto, a la unión o separación de los individuos en cuanto sea conducente a procurar el interés común, el hijo debe sujetarse al ejercicio de la facultad de su padre, y no otra cosa que este derecho y obligación correlativa es lo que sustancialmente viene a establecerse por la ley. Mas no se concreta a establecer el derecho, sino que también procede a determinar el modo de ejercerlo, no sólo sobre el hijo, sino también sobre un tercero, y por eso determina que si el hijo, por su voluntad o por fuerza de otro, se encuentra fuera del poder paterno o vagando, sin obedecer a su padre, puede éste reclamar judicialmente que el hijo torne en su poder, y el Juez de su oficio es tenudo de lo fazer. Lo único en que merece pararse la cuestión de todo lo que se comprende en esta ley es en la aparente contradicción que existe entre que el demande y el Juez proceda de oficio, pero en esto precisamente consiste su razón filosófica; el legislador ha querido que el Juez ampare, proteja, el derecho del padre, de oficio, hasta como de carácter público, pero al mismo tiempo que no se mezcle el Juez, el oficio público, en los negocios íntimos de la sociedad familiar sino cuando su jefe acuda a demandar amparo; de este modo, contenidos ambos poderes en su recíproca esfera, existen sin perjudicarse y siempre favoreciéndose. El padre no puede excederse hasta el punto de obrar por sí solo contra la libertad del hijo ni contra el derecho que tal vez pueda reclamar un tercero; el Juez no puede conocer por sí solo de las causas o motivos por las cuales el hijo esté separado del padre; de la unión de los dos resulta la verdadera regularización del servicio, siempre favorable a los intereses públicos y privados.

Hemos dicho, al examinar la ley 3.ª, que la patria potestad se extiende a la de castigamiento que deve aver el padre sobre su fijo, y que esto, como todo lo penal, viene a convertirse en garantía de los derechos civiles; con razón, por lo tanto, se le concede al padre, porque reconociéndosele la facultad de mandar, no pueden negársele los medios necesarios de hacerse obedecer. Pero, una vez admitidos

estos supuestos, naturalmente se incurre en la necesidad de determinar la extensión de la misma facultad considerada. Más adelante tendremos precisión de examinar la ley 18, título 18, Partida 4.ª; pero en este lugar tenemos que acudir a ella para consignar que entre las razones por la cuales puede obligarse al padre a sacar al hijo de su potestad, «la primera es quandol padre castiga al fijo muy cruelmente, e sin aquella piedad quel deve aver segund natura. Ca el castigamiento deve ser con mesura, e con piedad». Aquí se ven ya determinados los límites de la facultad y hasta la pena impuesta por la extralimitación. En el mismo concepto se encuentra todavía más explicado, y, por consiguiente, más determinado en la ley 9.ª, título 8.º, Partida 7.ª, que dice así: «Castigar deve el padre á su fijo mesuradamente, e el señor á su siervo, ó á su ome libre, e el Maestro á su discipulo. Mas porque y ha algunos dellos crueles, e tan desmesurados en fazer esto, que los fieren mal con piedra, ó con palo, ó con otra cosa dura, defendemos que lo non fagan assi. Ca los que contra esto fizieren, e muriesse alguno por aquellas feridas, magüer non lo fiziesse con intencion de lo matar, deve el matador ser desterrado por cinco años en alguna Isla. E si el que castiga le fizo á sabiendas aquellas feridas, con intencion de lo matar, deve aver pena de omicida.» Por excusado omitimos todo comentario acerca de estas disposiciones legales, siendo lo cierto que claramente aparece su razón filosófica reducida a tener por excesivo en el padre todo lo que la mesura y la piedad rechacen.

Otro de los derechos comprendidos en el de patria potestad es el correlativo a la obligación en que están los hijos de deberse autorizar con las correspondientes licencias para casarse. Ya acerca de este punto expusimos cuanto creemos necesario en el título de matrimonios: excusamos también, por lo mismo, su exposición en este lugar, que no vendría a ser más que una mera repetición; pero no podemos prescindir de indicar, aunque sea ligeramente, la confirmación que en esto se encuentra de la proposición que en el primer capítulo de este título hemos asentado y ex-

planado, diciendo que a la madre no compete la patria, pero sí la materna potestad. Nuestra legislación, y má las que podremos llamar verdaderamente indígena, siempre ha reconocido acerca de este punto más extensa facultad en la madre que en los demás parientes o guardadores, si bien nunca ha llegado a la que se concede al padre.

La jefatura de la familia que se comprende en la patria potestad viene a producir, relativamente al padre y a los hijos, parecidos o casi idénticos efectos a los que produce el poder del marido respecto de la mujer, en todo lo relativo a la dirección y defensa de los derechos sobre las cosas. En su lugar oportuno expusimos que la mujer, por regla general, no puede litigar contra su marido, ni comparecer en juicio demandando o contestando sin su competente autorización; hicimos también notar las reconocidas excepciones. Todo lo relativo a este punto toma causa de reconocerse que el marido y la mujer vienen a constituir, por regla general, una sola persona, representada por aquel a quien corresponde la jefatura; ya hemos también indicado que el padre y el hijo constituyen una sola personalidad, y que a esto ha venido a reducirse, modificándose la antigua fórmula de que los hijos, respecto del padre, eran cosas y no personas. Tenemos, pues, que por los mismos principios, por casi idénticas causas, conducentes a parecidos fines, es preciso también reconocer efectos en todo semejantes. Con estas indicaciones podremos pasar al examen del punto a que se refieren, y que, en verdad, debe considerarse como el medio de transición de lo referente a las personas a lo relativo a las cosas, pues por el concepto en que se admite la personalidad vienen a explicarse y determinarse los derechos sobre lo que a los hijos pertenece. La ley 11 del citado título 17, Partida 4.ª, dice así: «Aduzir non deve á juyzio el fijo al padre, si non fuesse por razon de ganancias que fuessen fechas en la manera que es llamada *Peculium castrense*, vel quasi castrense, segund desuso es dicho. Pero si el fijo de alguno demandasse licencia al judgador que ha de judgar todos los pleytos, que pueda aduzir antel á juyzio á su padre por razon de alguna que-

rella que oviesse del; si el judgador se lo otorgare, estonce lo puede aduzir á juyzio, e non de otra guisa. E otrosi, el fijo non puede aduzir en juyzio á ningun ome sin mandado de su padre, mientra que fuere en su poderio. Esso mismo seria que ningun ome non podria otrosi traer á juyzio al fijo sin otorgamiento del padre. Ca assi como non valdria lo que fiziesse el fijo en juyzio, demandando el á otro sin consentimiento del padre, bien assi non valdria lo que fiziesse si demandase á el, si su padre non gelo otorgasse. Pero si el fijo algo ha á dar, ó á fazer á otro, bien pueden apremiar al padre quel faga estar á derecho, ó que este el por el.» Tan clara y determinante aparece esta ley, que creemos completamente excusado cuanto para comentarla o explicarla se diga; en ella se sientan las reglas generales, empezando, sin embargo, por una excepción, que es lo único que merece ser considerado particularmente, hasta tal punto que ha de constituir la materia de una sección especial, y claro es que nos referimos a los peculios. Esto supuesto, pasamos a considerar las demás excepciones no referentes a la indicada especialidad.

Dice la ley siguiente, 12 del mismo título: «*Filias familias* es llamado en latin el fijo que es en poder del padre. E magüer diximos en la ley ante desta que este atal non puede estar en juyzio para demandar, nin para responder, sin otorgamiento de su padre; pero y ha algunas cosas, porque lo auria de fazer. E esto seria como si lo embiase su padre á escuellas, por razon de aprender, ó á otro lugar do el non morasse, ó lo embiase el padre á otro su Señor, á quien sirviesse, ó á otra parte qualquier. Ca si acaesciesse que yendo desta manera, le furtassen alguna cosa, ó le fiziessen algun tuerto, ó le oviessen algo á dar, poderlo y a demandar. Otrosi dezimos, que seria tenudo de responder, si oviessen algunas querellas del. E la razon porque puede demandar, segund que es sobre dicho, e es tenudo otrosi de responder, es esta: porque si el fijo oviesse á venir á demandar licencia á su padre para demandar, ó responder, por aventura podria entretanto perder su derecho el, ó el otro que oviesse á el á demandar, assi como diximos en la

tercera Partida, en el título de los Demandadores.» Tampoco creemos que deje nada que desear para su inteligencia este texto legal. Podríamos detenernos en hacer la comparación de los respectivos derechos entre padres e hijos y los que se reconocen entre marido y mujer, según ya queda indicado, pero lo omitimos, por la creencia de que el resultado no había de ser proporcionado al trabajo que se empleara, pues no podía menos de ser muy extenso, y su producto quedaría reducido a la demostración de una cosa para cuya justificación basta el simple examen de los supuestos y las indicaciones que dejamos hechas; concluiremos, por lo tanto, indicando también que la ley 7.ª, título 2.º, Partida 3.ª, establece el modo de ser habilitados los que necesitan serlo para litigar como hijos de familia, pupilos o menores, y que en el título 7.º de la segunda parte de la ley de Enjuiciamiento se encuentran las reglas que establecen la ritualidad de los expedientes conducentes al objeto. Tenemos con lo hasta aquí expuesto todo lo concerniente a los derechos comprendidos en el de patria potestad respecto de las personas, y también lo que, por decirlo así, constituye el término medio por el cual tiene que llegarse a examinar lo referente a las cosas: éstas se resumen en la idea general de peculio, que a su vez viene a relacionarse con la de alimentos, porque comprendiéndose en el peculio lo que al hijo pertenece con mayor o menor independencia del poder paterno, y siendo siempre preciso considerar, para la determinación de los alimentos, los medios de subsistencias con que cuentan las personas, nunca pueden fijarse los conceptos sin considerar la relación que entre ellos existe. Mas como cada uno de ellos ofrece por sí suficiente materia para lo que puede llamarse un tratado especial, con el fin de dar buen orden a nuestro trabajo, dividiremos lo referente a los derechos que se comprenden en la patria potestad sobre las cosas en dos secciones, dedicando la primera a los peculios y la segunda a los alimentos.

CAPÍTULO V

De los derechos y obligaciones que se comprenden en el de patria potestad respecto de las cosas (1).

SECCIÓN PRIMERA

DE LOS PECULIOS

Significación de la palabra peculio. — Necesidad de distinguir entre los peculios, y división de los mismos en profecticio, adventicio, castrense y cuasicastrense.—Examen del texto legal que consigna esta división.—Peculio profecticio.—Su origen, razón y contenido.—Favor que le conceden los legisladores.—Antecedentes romanos.—Examen de la ley 3.ª, título 4.º, Partida 5.ª—No es peculio profecticio lo que el nieto recaba de sus abuelos materno y paterno. — Peculio adventicio.—Consideraciones acerca de la propiedad del hijo y del usufructo del padre. — Prohibición de enajenar. — Hipoteca legal por razón de peculio. — Peculios castrense y cuasicastrense — Su origen.— Su régimen en el derecho romano, en el Fuero Juzgo, en el Real y en las Partidas. — Síntesis de la doctrina de los peculios castrense y cuasicastrense. — Si debe calificarse de peculio cuasicastrense lo ganado, en el ejercicio de profesiones, en beneficio particular. — Derechos sobre los bienes de ambos peculios.

Con toda claridad aparece en la palabra peculio la radical *pecus,* lo mismo que en *pecunia:* la propiedad pecuaria, que debió ser la primera que el hombre perfeccionara, porque teniéndose que reconocer que el cultivo de la tierra sólo podía ocurrirle después del conocimiento de los fenómenos naturales y de una muy detenida atención y especulación intelectual, lo que naturalmente se comprende es que tan sólo la ocupara mientras que espontáneamente le ofreciera sus productos, y, por lo tanto, con intención de abandonarla tan pronto como la hubiera esquilmado. Esto

---

(1) Artículos 159 a 166 del Código civil.

supuesto, en ello se ve, más bien que la idea del dominio, la verdadera posesión, la de ocupación por tiempo limitado, con exclusión del concepto de perpetuidad. Por el contrario, respecto de los animales que iba dominando y del aumento que en ellos se iba produciendo, como que en su conjunto podía arrastrarlos tras sí, o conducirlos a otros terrenos, naturalmente surge acerca de ellos, si no el dominio en todo el refinamiento con que ahora lo comprendemos, la idea de posesión en concepto de perpetuidad, y, por consiguiente, en mayor grado de perfección que la que puede suponerse sobre el terreno. He aquí la razón por la cual las palabras significativas del objeto de la propiedad, cuanto más antiguas, más indican el *pecus,* lo pecuario, sin que para justificar esta aserción creamos que sea necesario acudir a lenguas anteriores a la latina. En ella, con la palabra *peculium,* o pecunia, se significaba, en términos generales, el objeto sobre el cual recaía la idea de propiedad en todas sus diferentes especies, y se las consideraba casi tan genéricas como la misma palabra *res,* cosa, pues si bien en ésta se comprendían las corporales, en las de *peculium,* o *pecunia,* se consideraban comprendidas, cuando menos, todas las primeras, y hasta en la moneda misma se fijaba la idea, imprimiéndose en ella la figura de alguno de los animales que el hombre más directa y próximamente utilizaba. Peculio, por lo tanto, en su acepción más lata, en la generalización de la idea que expresa, no significa más que pertenencia, cosa propia, o, si se quiere, el conjunto de las que corresponden a la persona o sujeto considerado como dueño propietario. Pero, conforme fueron distinguiéndose las ideas y modificándose los conceptos, fué necesario ir concretando el significado de las voces, y la palabra peculio vino, por el constante uso, a significar, no ya la idea genérica que dejamos explicada, sino la específica de conjunto o reunión de las cosas que pertenecen a los hombres o personas que están sujetas a poderío de otro.

Conocida la significación de la palabra peculio, tanto en su acepción lata como en la concreta, que se le atribuye jurídicamente, de ella misma resulta la definición del objeto

de esta sección en los términos que la dejamos formulada; pero todavía hay que concretarla más, explicando otras modificaciones del concepto. En el que se expresa la definición se comprende indudablemente el peculio de los siervos o esclavos, porque es lo cierto que son hombres sujetos al poderío de otro; mas como todo lo referente a este punto es ajeno a la materia de la patria potestad, haciendo entera abstracción de ello, y para que la definición se refiera exactamente a la cosa definida, deberá modificarse diciendo ser el peculio «el conjunto de bienes, que con mayor o menor independencia de los padres, pertenecen a los hijos de familia». Ya en este modo de definir se indican diferencias, puesto que se expresa que, en unos casos más y en otros menos, las facultades de los hijos se mezclan con las de los padres, aun sobre los mismos bienes: de aquí, pues, procede la necesidad de la distinción entre los peculios, que jurídicamente se verifica, dividiéndolos en cuatro clases o especies, dando a cada una un nombre, que indica la causa de que proceden; divídense, por lo tanto, en razón de su procedencia, los peculios, en profecticios, adventicios, castrenses y cuasicastrenses. Esta división no sólo indica, por las palabras con que se expresa, su razón fundamental, sino que, por el orden con que se presenta, determina la antigüedad de su origen; de modo que, amoldando a ella el orden de explicación, podremos conseguir un procedimiento, no sólo filosófico, sino también histórico. Mas antes de pasar a ocuparnos especialmente en cada uno de los miembros de la distinción, conviene justificarla y confirmarla con el examen del texto legal en que aparece consignada.

Dice la ley 5.ª, título 17, Partida 4.ª: «En tres guisas se departen las ganancias que fazen los fijos mientras estan en poder de sus padres. La primera es de aquello que ganan los fijos con los bienes de los padres, e tal ganancia como esta llaman en latin *Profectitium peculium*. Ca quanto quier que ganan desta manera, ó por razon de sus *patres*, todo es de los padres que los tienen en su poder. La segunda es lo quel fijo de alguno ganasse por obra de sus manos, por algund menester, ó por otra sabiduria que

oviesse, ó por otra guisa; ó por alguna donacion que le diesse alguno en su testamento, ó por herencia de su madre, ó de alguno de los parientes della, ó de otra manera; ó si fallasse tesoro, ó alguna otra cosa por aventura. Ca de las ganancias que ficiesse el fijo, por qualquier destas maneras, que non saliessen de los bienes del padre nin de su abuelo, debe ser la propiedad del fijo, que las gano, e el usufructo, del padre en su vida, por razon del poderio que ha sobre el fijo. E esta ganancia llaman en latin *Adventitia*, porque viene de fuera, e non por los bienes del padre. Pero el padre dezimos que deve defender e guardar estos bienes adventicios de su fijo en toda su vida, tambien en juyzio como fuera de juyzio. La tercera manera de bienes e de ganancia es la que dicen en latin *Castrense*, *vel quasi castrense, peculium*, assi como se muestra adelante.» Nótase que en esta ley sólo se encuentran tres clases o especies de peculio, pero, al mismo tiempo, que esto consiste en que se comprenden en una sola el castrense y cuasicastrense. En verdad que ningún inconveniente se encuentra para proceder según se procede en la ley, si se atiende a los efectos, a las consecuencias que se deducen del peculio, considerado ya instituído, pues las mismas prescripciones legales en este concepto son las que rigen el castrense que el cuasicastrense, pero como para nuestra división hemos acudido a la procedencia, es indudable que por ella deben distinguirse; de lo que, en último término, resulta que tan filosófica es una como otra división, porque lo mismo puede acudirse a tomar por su razón la causa productora que las reglas a que está sujeto lo producido; mas también es de notar que aunque la ley confunde en uno de los peculios castrense y cuasicastrense, de tal manera se considera después por separado, que a la explicación de cada uno se dedica una ley especial. Con estos preliminares podemos ya desembarazadamente pasar a considerar lo que especialmente concierne a cada uno de los peculios. No, empero, sin advertir que no puede conocerse rectamente lo que concierne a cada una de las especies si no se comprende la relación entre ellas existente, pues siempre, para el conoci-

miento de las distinciones y diferencias, se hace indispensable el de su conjunto o generalidad.

El peculio profecticio es el que procede del padre, y al mismo padre pertenece mientras el hijo esté sujeto a su patria potestad. Esto es lo que se desprende de la citada ley 5.ª, y, desde luego, se nota que de ello resulta una aparente contradicción. Si es del padre, ¿cómo puede ser del hijo? Si es del hijo, ¿cómo puede ser del padre? Para salvar la dificultad y resolver la cuestión, suele decirse que corresponde al padre la propiedad y al hijo la administración y usufructo, mas esta contestación, considerada en el rigorismo jurídico, no puede admitirse por exacta, porque con ella vendría a pararse en que el hijo, en el peculio profecticio, tuviera algún derecho propio, cual sería el de usufructo, y la verdad es que no lo tiene, pues aunque se le reconozca el mismo usufructo, no se le concede sino en sentido precario, a nombre y en representación del mismo padre, pues a su voluntad puede quitárselo, y nunca se puede atribuir el verdadero concepto de derecho a lo que absolutamente depende de la voluntad ajena. ¿A qué, pues, queda reducido el peculio profecticio? A lo que se desprende de su misma institución, dentro de las relaciones de la familiar. Constituída la sociedad con su cabeza o jefe, frecuentemente sucedía, y sucede, que a los comunes intereses convenga que los hijos se ejerciten en alguna clase de industria o negocios que puedan dirigir con mayor utilidad que la que al padre, ocupándose en ello, reportaría. En tales casos, el padre faculta al hijo para el objeto considerado, y aun le concede, como por vía de estímulo, tal vez en concepto de alimentos, parte o el todo de lo que el hijo, por su agencia o trabajo, logra que produzcan las cosas, el capital que al efecto el padre le entrega. De este modo se fomentan los intereses de las familias, se consiguen mayores productos de las cosas, se utiliza la actividad, el talento, las buenas disposiciones naturales, y tal vez artísticas o científicas, de los hijos, pero sin relajar por ello el supuesto, el concepto de la verdadera jefatura de los derechos y obligaciones comprendidos en la patria potestad, y así es que el peculio

profecticio se consideraba posible, se reconocía, aun en los mismos esclavos, en los cuales se negaba la posibilidad de todo de derecho. Resulta, por consiguiente, que al hijo, en el peculio profecticio, corresponde tan sólo la administración precaria, o sea a nombre del padre, y el uso o disfrute de las cosas o sus productos en cuanto lo consienta y no lo contradiga.

Esta es la razón del peculio profecticio, este su verdadero concepto, de este modo, y para estos fines, surgió, por decirlo así, de las necesidades y conveniencias familiares; pero, una vez reconocido ya como existente, los legisladores no pudieron menos de considerarlo y hasta tratar de favorecerlo. Según Ulpiano, en el párrafo 4.º de la ley 3.ª, libro 4.º del Digesto, cuando, por el delito del padre, sus bienes caían en confiscación, se excluían de ella los que el hijo disfrutara en concepto de peculio profecticio. Según Papiniano, párrafo 2.º, ley 31, título 5.º, libro 39 del Digesto, lo que el padre haya dado a la hija que tenga en su potestad y el peculio que haya constituído al hijo, si no se revoca al tiempo de la emancipación, se considera ratificado por ella misma. Justiniano, en la Novela 81, párrafo 1.º, capítulo 1.º, título 10, declaró que al hijo, cuando sale de la patria potestad, por la dignidad que adquiere, en razón al honor que de ello recibe, el padre no puede quitarle el peculio profecticio. Todo esto, como a primera vista aparece, constituye derechos en favor de los hijos, sobre los cuales no creemos necesario hacer más que llamar la atención, con el fin de presentarlos como antecedentes de lo establecido por la ley 3.ª, título 4.º, Partida 5.ª, que dice así: «Fijo ó nieto que estoviesse en poder de su padre, ó de su abuelo, non puede fazer donacion, a menos de otorgamiento de aquel en cuyo poder está. Fueras ende, si fuesse Cavallero que oviesse fecho ganancias de su Cavalleria, ó otro qualquier que oviesse ganado algo en alguna de las maneras que son llamadas en latin *castrense, vel quasicastrense, peculium:* ca de lo que oviesse ganado assi, bien podria fazer donacion, sin otorgamiento de aquel en cuyo poder estuviesse. Pero si el fijo ó el nieto toviesse algund

pegujar apartadamente, que le oviesse dado el padre, o el abuelo, con que ganasse; magüer este pegujar atal fuesse de los bienes del padre ó del abuelo, bien podria dar dello el que lo toviesse alguna cosa á su madre, ó á su hermana, ó á su sobrina, ó á alguno de los otros sus parientes ó parientas, para casamiento, ó para otra cosa, quel entendiesse que le era grand menester, que le fuesse guisada, e convenible, e derecha. E esso mismo dezimos que seria, si le diesse un salario á algund su Maestro, que le mostrasse sciencia, ó alguna arte, ó menester; mas en otra manera non lo podria fazer. Mas si el padre diesse algo de lo suyo á alguno de los fijos, non valdria. Ca el fijo á quien lo diesse, si oviesse otros hermanos, tenudo seria despues de muerte de su padre, de aduzirla, e meterla a particion con ellos, ó de rescebirla en su parte; entregandose cada uno de los otros hermanos de otro tanto como valiesse la donacion que le dio el padre. Fueras ende, si el padre fiziesse Cavallero á su fijo, e le diesse cavallo, e armas, ó le fiziesse aprender alguna sciencia, ó le diesse libros en que la apreendiesse. Ca el donadio que fuesse fecho en alguna de las maneras sobredichas, valdria, e non seria tenudo de aduzirlo á particion entre los otros hermanos.» En esta ley se encuentra, aunque pudiera decirse que por incidencia, todo lo que verdaderamente determina lo más sustancial de lo que se refiere al peculio profecticio, por lo que tenemos que examinarla con bastante detención.

Empieza determinando que no puede hacer donación el que se encuentra constituído bajo la patria potestad, a no ser con otorgamiento de aquel en cuyo poder está. Sigue haciendo la excepción de que, aun sin el indicado otorgamiento, puede donar lo que le pertenezca, por haberlo ganado como caballero, por el peculio castrense o cuasicastrense. Hasta aquí no se ve más que una regla general y una excepción, de la cual más adelante tendremos que hacernos cargo; pero prosigue la ley, y entra ya a tratar directamente del peculio profecticio. Empieza por fijar la idea de que los bienes que lo constituyen son de aquel que los haya entregado, sea el padre o el abuelo, y, aun

en este supuesto, concede al hijo la facultad de poder dar de ello alguna cosa a su madre, a su hermana, a su sobrina, o algunos otros parientes o parientas, para casamiento u otra cosa que crea serles de gran necesidad o conveniente y justa. Igualmente le faculta para pagar del mismo peculio las retribuciones o salarios de los maestros que le enseñen ciencias o artes, limitando a lo taxativamente expresado la facultad, y prohibiéndosela respecto de todo lo demás. Notable es, sin embargo, la que se le concede, y tanto más cuanto que, por una parte, aparecen en contradicción con todos los principios que se reconocen en la materia, y, por otra, introduce en ella una novedad, puesto que no hemos podido encontrar que de semejante concesión exista antecedente. Como quiera que sea, y por más que no pueda legitimarse por otra razón, forzoso es admitirla, puesto que a su favor existe la autoridad que la preceptúa; mas, por lo mismo, es preciso aceptarla en sentido verdaderamente restrictivo, notando, para observarlo con el mayor rigor, que únicamente podrá el hijo usar de la facultad que se le concede en los casos considerados y con las condiciones y restricciones concedidas en la ley. Sigue ésta determinando que, aunque el padre dé algo al hijo, la donación no vale, y explica este concepto diciendo que el hijo tendrá que aducir o llevar lo recibido a colación cuando haya que proceder a la división de los bienes paternos con los demás hermanos; y he aquí cómo llega a determinarse el verdadero concepto en que se constituye y disfrute el peculio profecticio. No se niega al padre la facultad de establecerlo, la de transferir, de los bienes que le pertenecen, la parte que quiera al hijo: lo que se le prohibe es perjudicar por esta causa, o de este modo, los derechos de los demás, viniéndose a parar en que lo que el padre entrega al hijo como peculio profecticio está sujeto a todos los preceptos establecidos sobre los modos de computar las donaciones de los padres a los hijos para venir a determinar y verificar los derechos hereditarios, de los cuales trataremos en su lugar oportuno, concluyendo lo relativo a la ley en que ahora nos ocupamos con la excepción con que ella

misma concluye, reducida a que lo que el padre gaste en armar caballero al hijo, en proporcionarle armas y caballo, o en hacerle aprender alguna ciencia, es decir, en lo que hoy podríamos llamar darle una carrera militar o científica, ni está sujeto a la obligación de ser colacionado, ni puede propiamente comprenderse en la idea de peculio profecticio.

Réstanos todavía decir algo acerca de una de las modificaciones de los conceptos en que están redactadas, no sólo las leyes que llevamos examinadas, sino otras varias que más o menos relación tengan con la materia. En todas se observa, y muy particularmente en la última de las en que nos hemos ocupado, que al hablar del peculio profecticio se supone que procede del padre o del abuelo, y esto es muy natural; teniéndose que admitir, como, en consideración a las leyes de las Partidas, no puede menos de admitirse, que la patria potestad corresponda al padre, o si existe, al abuelo paterno, o a otro ascendiente en la misma línea; pero en este mismo modo de expresarse las leyes, y más cuanto más se consideran sus verdaderos conceptos, se encuentra la indicada modificación, que no es otra que la de sólo deberse tener por peculio profecticio el que procede de la persona que ejerce la patria potestad; y siendo lo cierto que ya no compete al abuelo, como en repetidas ocasiones dejamos consignado y más adelante explanaremos, no lo que proceda del abuelo, y sí sólo lo que proceda del padre, será lo que constituya verdadero peculio profecticio, sin que esto contradiga lo establecido acerca de las obligaciones a que quedan sujetos los bienes que se reciben de los ascendientes, para verificarlas cuando hayan de realizarse los derechos hereditarios de sus descendientes. Resulta, pues, que así como antes no se consideraba peculio profecticio lo que al nieto daba su abuelo materno, por no estar constituído bajo su patria potestad, ahora tampoco, y por la misma razón, deberá aplicarse tal nombre a lo que el nieto reciba de su abuelo paterno.

El peculio adventicio es el que procede de adquisiciones hechas por el hijo sin relación a su padre: los modos de

estas adquisiciones se encuentran expresados en la ya copiada ley 5.ª, título 17, Partida 4.ª, y son el trabajo de sus manos, ocupándose en algún oficio o en el ejercicio de alguna ciencia, o por donación que alguno le hiciese en su testamento o herencia materna, o de parientes por la misma línea, invención de algún tesoro, o de alguna otra cosa por aventura. Esta casuística enumeración no puede llegar a comprender todos los conceptos a que la idea general se extiende, por lo que se hace indispensable acudir, para la determinación de la idea, a otro medio, cual es el de generalizarla, determinándola tan sólo por la designación de sus verdaderos límites. Hemos visto a qué se reduce el peculio profecticio; más adelante veremos qué es lo que se comprende en los castrense y cuasicastrense; pero ahora podemos decir que todo lo que el hijo adquiera y no sea peculio profecticio, ni pueda calificarse de castrense o cuasicastrense, constituye verdaderamente el peculio adventicio. En los bienes que lo constituyen, y según la misma ley, compete a los hijos la propiedad, y a los padres, por la patria potestad, el usufructo, con la obligación de guardarlos y defenderlos tanto en juicio como fuera de él. De este modo se consigue la conservación de la perfecta jefatura del padre, sin perjuicio del derecho de adquirir que compete a los hijos; por manera que el origen del peculio adventicio fué necesariamente simultáneo al reconocimiento del derecho de adquisición en los hijos. Hasta entonces, como eran cosas respecto del padre, cuanto a ellos se refiriera, al padre se atribuía, mas, desde que refinándose los conceptos, vino a incidirse en la consideración de que el supuesto de ser cosas respecto de los padres les privaba de ser personas respecto de otros, puesto que no tenían personalidad para adquirir, fué forzoso admitir la modificación del concepto, estableciéndola en los términos más precisos, y son seguramente los que se observan respecto del peculio adventicio. El hijo, con respecto al que no sea su padre, supuesto que es persona, tiene el derecho de adquirir, pero, realizada la adquisición, ya se encuentra confundida la personalidad del adquirente con la de aquel

bajo cuya patria potestad está. Al jefe, y no al súbdito, es a quien debe atribuirse todo lo concerniente a las facultades de dirección, guarda y defensa, conservándose, por lo tanto, lo que el hijo adquiere sin relación al padre, que es la propiedad; todo lo demás debe pertenecer a la persona a quien corresponda la patria potestad; la refundición, por decirlo así, de la personalidad, ya que no se diga que el hijo sea absolutamente cosa respecto al padre.

Supuesto que en el peculio adventicio pertenece al padre el usufructo y al hijo la propiedad, veamos cómo se determinan, según los preceptos legales, estas diferentes ideas. La de usufructo es indudablemente algún tanto distinta de la que se comprende generalmente por este derecho. El usufructuario, por regla general, tiene obligación de afianzar y prohibición de vender o enajenar por cualquiera otro medio. En el derecho romano, según se desprende de todas las leyes comprendidas en el título 61, libro 4.°, del Código, esta garantía y restricción resultan: la primera, completamente anulada; la segunda, algún tanto relajada, pues a los padres se les exime de afianzar *paterna reverentia*, y se les concede enajenar por causa de gran necesidad. En nuestra legislación nos encontramos con las leyes 13 y 14, título 2.°, libro 4.° del Fuero Juzgo, que, en lo referente al punto de que tratamos, establece la primera que, a la muerte de la madre, los hijos y los bienes que les pertenezcan por herencia materna deben seguir bajo el poder del padre, mientras permanezca viudo, pero que, si se casa, el poder se convierta en guarda, con obligación de hacer solemne inventario y de dar fianza. La segunda se reduce a rectificar el concepto de la conversión, fijando que, aunque el padre proceda a segundas nupcias, conserva siempre el poder, mas no por esto le exime, en el caso supuesto, de la obligación de hacer un inventario solemne y dar fianza. La ley 3.ª, título 7.°, libro 3.° del Fuero Real, después de establecer los derechos de la madre respecto de sus hijos y sus bienes mientras, permanece viuda, concluye diciendo: «E si la madre muriere, e fincare el padre, tenga los fijos e á sus bienes, quier case, quier no, e guarde

á ellos y á sus bienes, assi como manda la Ley.» Esta referencia consignada en esta ley es indudablemente a las dos del Fuero Juzgo que dejamos indicadas, y, por consiguiente, resulta confirmado que el padre, si no se casa, no tiene obligación de hacer inventario ni dar fianza, pero sí cuando pasa a segundas nupcias, precaución altamente filosófica y que demuestra a todas luces el gran conocimiento del corazón humano.

Respecto de la prohibición de enajenar, en las dos mismas leyes del Fuero Juzgo se encuentra consignada, y, por consiguiente, confirmada por la del Fuero Real; mas la ley 24, título 13, Partida 5.ª, dice así: «Bienes han apartados los fijos, que son suyos propriamente, que los han de parte de su madre. E como quier que tales bienes como estos deben ser en poder del padre, e puede esquilmar los frutos dellos, con todo esso, non los deve enagenar en ninguna manera. E si por aventura los enagenasse, fincarian por ende obligados, e empeñados al fijo los bienes del padre, despues de su muerte, fasta que rescebiesse entrega dellos, de aquello que el padre oviesse enagenado, ó malmetido. E si por aventura, en los bienes del padre non se pudiesse entregar, porque fuessen tan pocos, que no compliessen, ó que los oviesse el padre embargados, ó mal parados en alguna manera, entonce puede demandar sus bienes á quien quier los fallen, e devenlos cobrar. E esto se entiende quando non quisieren heredar, nin aver parte en los bienes del padre. Ca si quisiessen heredar en ellos, entonce non podrian demandar los sus bienes proprios á aquellos á quien los oviesse el padre enagenado, segund que es dicho, porque todos los pleytos derechos que el padre oviesse fechos serian tenudos de guardar, e de non venir contra ellos despues que fuessen herederos.»

En esta ley tenemos confirmado el supuesto de la propiedad de los hijos en el peculio adventicio, y la prohibición a los padres de no poder enajenar los bienes que lo forman en ninguna manera; pero a seguida de establecer el derecho, considera el hecho contrario y declara que si el padre los enajena, los que al mismo corresponden por

derecho propio quedan empeñados a favor del hijo, y en tal concepto, deben responder de aquello que el padre «le oviesse enagenado ó malmetido», y si los empeñados o hipotecados no fuesen suficientes a cubrir esta responsabilidad, «los hijos entonce pueden demandar sus bienes á quien quier que los fallen, e devenlos cobrar». Considerada, por lo tanto, en conjunto, esta disposición, claramente resulta de ella que por más que al hijo se le reconozca la propiedad, y al padre se le imponga la prohibición de enajenar, las enajenaciones que verifique serán válidas, mientras que, con sus bienes hipotecados legalmente al efecto, se pueda reintegrar al hijo de todo aquello en que hayan sido perjudicados sus derechos o menoscabados sus bienes, y que sólo cuando esta caución sea insuficiente queda al hijo la facultad de vindicar sus propias cosas contra cualquier poseedor. Traducidos, por decirlo así, todos estos conceptos al lenguaje técnico, podrá decirse que el padre puede enajenar el peculio adventicio del hijo, pero que, sin embargo, el hijo es propietario de los bienes que lo constituyen, y que su propiedad consiete en dos derechos en la cosa, que podrá usar sucesivamente: primero, el de hipoteca legal sobre todos los bienes del padre hasta el completo resarcimiento de los perjuicios o enajenaciones que le haya causado; segundo, y en concepto efectivo del primero, con el derecho de vindicar como dueño sus bienes contra cualquier poseedor en cuyo poder los encuentre. Concluye la ley con una a manera de excepción, que viene a confirmar todos los supuestos. Declara que ninguno de los dos derechos podrá ser ejercitado por el hijo, cuando consiente en ser heredero de su padre, dando la razón jurídica y convincente de que el heredero está obligado a guardar y cumplir todas las obligaciones y contratos que hubiera adquirido y otorgado su causante.

Comentando los expositores esta ley, llegan a considerar que, con el rigorismo de sus disposiciones, se incurre en dos inconvenientes: primero, en el de no dejar medio ninguno de que la enajenación sea completamente eficaz; segundo, en el de perjudicar a los adquirentes de buena

fe. Es cierto que las enajenaciones del padre quedan siempre expuestas al resultado de la acción vindicatoria que, en su caso, puede ejercitar el hijo; lo es también que, para evitar esta exposición, no se reconoce expresamente en el derecho el medio establecido para garantizar las de los menores hechas por sus guardadores, y que consiste en que judicialmente se reconozca la necesidad o utilidad; al padre no se le exige semejante requisito, y de ello resulta, por una parte, que su falta no anulará la venta, pero, por otra, que, con su observancia, no se legitima por completo la enajenación, puesto que la ley no establece este medio de legitimarla como respecto de los bienes de los menores. Sin embargo, nosotros creemos que si en las leyes no aparece la exigencia, tampoco aparece la negación de los efectos que debe producir el requisito practicado; que si al padre no se le exige el autorizarse para la venta del permiso judicial, es tan sólo por reconocer elevada su facultad sobre las de los guardadores de menores, por no deprimir su patria potestad; pero que, esto supuesto y reconocido, si el padre, por su propia voluntad, no por someterse a precepto obligatorio, por procurar la utilidad de su mismo hijo, pues es indudable que los bienes tendrán más estimación cuanto mayor sea la seguridad del derecho que se produce con la transferencia, solicita la intervención judicial para que se reconozca y proclame la existencia de necesidad o utilidad, verificados estos requisitos, producirán la misma eficacia que cuando se practican respecto de las enajenaciones de bienes de menores, de modo que se remuevan, que se destruyan por completo los dos indicados inconvenientes, resultando que puedan realizarse las enajenaciones de los bienes pertenecientes a los peculios adventicios en términos de que sean completamente eficaces en derecho, y, por consiguiente, sin que los adquirentes de buena fe queden expuestos a ningún perjuicio ulterior.

Desde la publicación de la ley Hipotecaria, y para los negocios a los que pueda tener aplicación todo lo dicho hasta aquí, ha venido a determinarse con suficiente fijeza.

Dice el art. 202: «El hijo a cuyo favor establece esta ley hipoteca legal por razón de peculio, tendrá derecho: 1.° A que los bienes inmuebles que formen parte del peculio se inscriban a su favor, si ya no lo estuvieren, con expresión de esta circunstancia; 2.° A que su padre asegure con hipoteca especial, si pudiere, los bienes que no sean inmuebles pertenecientes al mismo peculio.» Es indudable que, de esta manera, los bienes raíces pertenecientes al peculio aparecerán en el registro, no como del padre, sino como del hijo, y, por consiguiente, que el comprador no podrá llamarse nunca a engaño y sí siempre tendrá que atribuir a su culpa el perjuicio que llegue a producirle la falta de precauciones en que haya incurrido respecto del modo de realizar su adquisición. Por lo que hace a los bienes muebles, también es indudable que la ley, sin perjuicio de los derechos del padre, y hasta dándoles mayor extensión, pues la hipoteca constituída supone facultad de enajenarlo garantizado, establece la seguridad suficiente respecto de los derechos de los hijos y de los adquirentes. Los demás artículos comprendidos en el párrafo 4.° de la sección tercera de la ley serán objeto de nuestro examen cuando al tratar del derecho hipotecario tengamos que volver a ocuparnos de su explanación en esta misma materia.

Los peculios castrense y cuasicastrense son sustancialmente una modificación del adventicio. Reconocida en los hijos la facultad de adquirir, en la distinción de lo que adquirían, procedente o no del padre, se comprendía todo, porque todo se comprende entre el sí y el no. De aquí surgió, como ya hemos dicho, la diferencia y distinción del peculio profecticio y adventicio, pero ya dentro de éste se estableció una nueva distinción, aunque tomada de la misma razón de procedencia, pues según eran las causas que producían la adquisición, se concedieron sobre lo adquirido mayores facultades. ¿Por qué razón? ¿Con qué objeto? La del nombre que se dió a la institución y su sencilla historia vienen a contestar los dos extremos comprendidos en la pregunta. Por más honorífico que se considera el ejercicio de las armas desde el principio de la república, llegó

el tiempo en que fué necesario establecer medios de excitación a entrar en él; no bastó al objeto el establecimiento de sueldo o merced, y fué necesario inventar privilegios nuevos, honores, por cuya adquisición se estimularan los hombres a sufrir lo trabajoso y peligroso del ejercicio militar; con la palabra *castra*, significaban los campamentos o lugares en que se congregaban los ejércitos, y, por consiguiente, tenía, por decirlo así, una significación sintética de todo lo que se refería a la milicia. Con el objeto indicado, y para el fin propuesto, se estableció que todo lo que los hombres adquirieran por el ejercicio de las armas, ya directa, ya indirectamente, tomara la denominación de castrense, y constituyera un peculio, si bien adventicio, porque no procedía del padre, especial y privilegiado, concediendo en él al adquirente la más lata propiedad, el pleno dominio y sus más inmediatas y comunes consecuencias del usufructo y administración, llamándole para distinguirlo peculio castrense. En los bienes que lo formaban no sólo se reconocieron los mencionados derechos, sino el de tener, con referencia a ellos, al dueño por padre de familias, de modo que cuando los que estaban sujetos a la patria potestad llegaban a adquirir peculio castrense, aunque, con referencia a otras condiciones, tuvieran que reconocer el poderío paterno, por lo relativo a los bienes de tal modo adquiridos ascendían a la dignidad de padres de familias, y como tales eran reconocidos en todo lo concerniente al derecho público. Corriendo el tiempo, llegó el de considerar que había otras personas no menos dignas de tan alto honor que los militares, y muy natural era esto en un pueblo que admitía la máxima de «cedant arma toga» y estaba a la altura de comprender todo el significado del principio de la Instituta de Justiniano, que dice: «Imperatoriam majestatem non solum armis decoratam, sed etiam legibus oportet esse armatam» por lo que sin violencia, y antes, por el contrario, de un modo muy consecuente, concedieron los mismos privilegios y honores a los que se dedicaban al ejercicio de la jurisprudencia, llamándolos, si bien sea por medio de una figura, milicia togada: esta últi-

ma modificación se distinguió con el nombre de peculio cuasicastrense.

Con estos antecedentes podemos ya pasar al examen de lo que verdaderamente debe comprenderse en los peculios castrense y cuasicastrense. Al efecto, se hace indispensable considerar las dos fuentes de nuestro derecho; y empezando por el romano, y advirtiendo que en él todo lo respectivo al cuasicastrense se fué estableciendo por ampliaciones al ejercicio de diferentes carreras de lo instituído respecto del castrense, determinando lo que a éste correspondía, vendrá a determinarse lo correspondiente a los dos. En la ley 11, título 17, libro 49 del Digesto, se declara que debe tenerse por peculio castrense todo lo que los padres o cognados dan al hijo o pariente, en consideración a la milicia, y lo que en ella adquiere, de modo que, si no militara, no lo adquiriera, y, por tanto, con exclusión de que, con anterioridad, al entrar en la milicia ya le pertenecía, y de lo que adquiere con posterioridad. La ley 1.ª, título 37, libro 12 del Código, fija más estas ideas, estableciendo que corresponde al peculio castrense todo lo mueble que el padre, la madre, los parientes y amigos dan al que se va a la milicia; todo lo que en los campamentos adquiere por causa de su profesión, inclusas las herencias de aquellos que, a no ser militares, no lo hubieren conocido, extendiéndose esto no sólo a los bienes muebles, sino también a los raíces; que la herencia de la madre, aunque se haya causado durante el tiempo de la milicia, no pertenece al peculio castrense; que tampoco debe considerarse comprendido en él el predio adquirido por donación, pero sí el comprado con dinero que por el ejercicio de las armas se haya ganado. La ley 2.ª del mismo título establece el supuesto distintivo de que el hijo de familia no puede enajenar cosa alguna sin consentimiento de su padre, a no ser el peculio castrense.

La ley 5.ª, título 5.º, libro 4.º del Fuero Juzgo, dice así: «El fiio que gana alguna cosa, vivendo el padre ó la madre, del rey ó de su sennor, e lo quisier dar ó vender, puedelo bien fazer, assi cuemo es de suso dicho en otra nuestra ley; nin el padre nin la madre non pueden ende nada

demandar en la vida del fiio. E si alguna cosa ganar el fiio en hueste ó por su trabajo, si bive con el padre de so uno, la tercia parte deve aver el padre, e las dos partes deve aver el fiio por su trabaio.» En esta ley, y de un modo más detenidamente, aunque a la par más general, se establecen los peculios castrense y cuasicastrense: todo cuanto el hijo recibe por donación del rey, o de su señor, lo adquiere para sí en plena propiedad, pudiendo dar y vender: ni el padre ni la madre puédenlo demandar mientras el hijo viva, condición que limita la facultad del hijo a no poder perjudicar los derechos forzosos hereditarios de sus padres; por manera que en este precepto legal, del modo más breve, a la par que compendioso, se resume cuanto se comprende en la materia. Sin distinguir la causa o motivo de la donación, y, por consiguiente, generalizando la idea tanto al supuesto de la milicia como al de cualquier otro servicio, y aun al de que no exista ninguna en que pueda fundarse, el hijo, con absoluta independencia del padre, adquiere lo que le es donado por el rey o su señor, y sobre ello no se le pone más restricción que la común a todos los propietarios, cual es la de tener que guardar los derechos forzosos hereditarios. Pero la ley tiene una segunda parte, y, por cierto, muy notable: por ella se establece que de lo que el hijo gana en hueste o por su trabajo, si vive en compañía del padre, debe entregarle la tercera parte, reservándose para sí las otras dos, y he aquí determinado del modo más exquisito el concepto del peculio castrense y cuasicastrense, en concordancia con el profecticio, porque suponiendo que, cuando el padre y el hijo viven unidos, raya en lo imposible determinar a cargo de cuál de los dos corren, las espensas necesarias para la vida, y considerando que, mientras la compañía exista, no puede menos de existir mancomunidad de las ganancias y expensas, exige que el hijo contribuya al padre con una tercera parte de lo que por sí ganan; por manera que, comprendiendo la regla general y la excepción, con toda claridad se determina que cuanto el hijo de familia gana por el ejercicio de cualquiera profesión en servicio del Estado, debe corresponder a su

peculio castrense o cuasicastrense. La ley 2.ª, título 2.º, libro 5.º del mismo Fuero Juzgo, viene en confirmación de toda esta doctrina; excusamos, por lo tanto, el copiarla, pero no podemos menos de advertir que, para la verdadera inteligencia de los dos, conviene acudir a verlas en su original latino.

La 7.ª, título 4.º, libro 3.º del Fuero Real, dice asi: «Si el fijo que está con su padre, e con su madre, ante que case, ganare alguna cosa por su trabajo, ó que le dé el Rey, ó su Señor, ó otro home qualquier, no sea tenudo de dar parte á sus hermanos despues de muerte de su padre, ó de su madre, magüer gelo demande á parte: fueras ende si lo ganó con el haber del padre, ó de la madre, seyendo con el padre, ó con la madre: e gobernandose del haber del padre, ó de la madre: e magüer se gobierne de lo del padre, ó de la madre: si con el haber del padre, ó de la madre no lo ganare, no sea tenudo de lo dar á partir, ca madre ó padre siempre es tenudo de gobernar sus fijos; mas si con el haber del padre, e de la madre, ganare algo, estando en poder de amos, ó de algunos, el padre ó la madre lo debe haber todo, y despues de su muerte del padre, ó de la madre, hayan la parte los hermanos.» Esta ley es tan notable, como que en ella se refunde todo cuanto en nuestra legislación indígena se refiere a la materia de peculios, e, indudablemente, por lo que hace a los profecticio, castrense y cuasicastrense, de un modo mucho más determinante y más adecuado a la verdadera constitución de la familia española que el que generalmente se observa en las leyes de las Partidas. Es cierto que en ella no se usan los nombres específicos, pero acudiendo a fijar las verdaderas ideas se establecen, y distinguen con toda precisión los derechos y obligaciones de los hijos en los bienes que adquieren, y según sea su procedencia o causa de la adquisición; requiere, por lo tanto, un particular y detenido examen.

Empieza suponiendo que el hijo viva en compañía de su padre y de su madre, y siendo soltero. Ya es aquí muy de notar el modo de considerar, por la situación del hijo, la dependencia en que está de los padres y la condición de

ser soltero, porque, como ya hemos indicado varias veces, y más adelante tendremos ocasión de explanar, por la ley 47 de Toro se declaró que el hijo, al casarse, saliera de la patria potestad, e indudablemente la idea se ve ya consignada en esta ley del Fuero Real. Sentados ya los mencionados supuestos, declara que lo que el hijo gane con su trabajo, o reciba del rey, su señor, u otro cualquiera, lo haga propio, sin tener que dar participación a sus hermanos, después de la muerte de sus padres. Ya aquí se ve extendido el concepto de los peculios castrense y cuasicastrense a cuantas adquisiciones haga el hijo por cualquiera clase de título que sea, pues o tienen que serlo por título oneroso, o por título lucrativo: lo primero se comprende en la idea de trabajo; lo segundo, en la de donación. Entra luego la ley a determinar una excepción, cual es la del peculio profecticio, declarando que el hijo no hace suyo lo que adquiere con el haber del padre o de la madre, viviendo en su compañía, y siendo alimentado por ellos; mas estas dos condiciones las exige copulativamente, explicando a seguida el concepto y declarando que, con tal que la ganancia no la haga el hijo con el haber del padre o de la madre, aunque viva en su compañía y sea alimentado por ellos, hace suyo lo que adquiere, de modo que sólo lo adquirido con el haber del padre o de la madre, y estando en poder de ambos, o de alguno de ellos, deje de ser del hijo y deba ser partido entre todos sus hermanos como correspondiente a sus padres. Es, por último, también muy de notar la razón que la ley da para exigir copulativamente las dos expresadas condiciones, declarando que, como la ganancia del hijo no se haga con el haber de los padres, aunque éstos lo tengan en su compañía y lo mantengan, no se les atribuya lo ganado, porque el alimentar a los hijos es siempre obligación de los padres, con lo que viene a relacionar la materia de peculios con la de alimentos.

Es cierto que en esta ley no se determina, como en las de origen romano, con tan exquisita precisión la diferencia entre la propiedad y el usufructo para atribuir estas modificaciones de los conceptos, ya a los padres, ya a los hijos;

es cierto que no se procede por un método tan rigurosamente científico como el que se observa en las leyes de las Partidas, y ya dejamos explicado, respecto de los peculios profecticio y adventicio, y luego tendremos ocasión de observar con los castrense y cuasicastrense; pero en cuanto a lo sustancial de la materia, en cuanto a determinar la pertenencia de las adquisiciones sin tan artificioso método científico, indudablemente se acude a tomar por fundamento una razón más pura, una causa más determinante, cual es la misma que produce la adquisición, y por la cual debe atribuirse al verdadero adquirente, y esto sin perder de vista las condiciones de la constitución de la familia, distinguiendo con exquisita precisión la de estar el hijo formando parte de la de su padre de la de haber ya, por el casamiento, adquirido la jefatura de la sociedad que por este medio se constituye; hemos indicado, y queremos repetirlo, que en esta ley del Fuero Real se encuentra ya consignada la creación de la idea, que después vino a determinarse por completo en la 47 de Toro. Tal es, pues, su importancia, bajo cualquier aspecto que se le considere; mucho más podría decirse acerca de ella, pero, aunque con sentimiento, lo omitimos, por creer que con lo expuesto basta para cumplir nuestro propósito, que está muy lejos de ser el de que nuestro trabajo merezca la calificación de fundamental. Únicamente, por lo tanto, añadiremos que en la ley 8.ª, título 12, libro 3.º del mismo Fuero Real, que es la 1.ª, título 5.º, libro 3.º de la N., se ratifica la idea de que las cosas objeto de las donaciones reales pertenecen a los donatorios en plena propiedad, y, por consiguiente, con las condiciones reconocidas en los peculios castrense y cuasicastrense para en los casos en que los adquirentes sean hijos de familia.

Ya hemos visto cómo en la ley 5.ª, título 17, Partida 4.ª, se distinguen los peculios en tres solas clases, confundiéndose para ello en una sola el castrense y cuasicastrense, y esto de tal modo, que la partícula que entre los dos se usa es más bien conjuntiva o explicativa que disyuntiva, pues se dice, tomándola del latín, *castrense vel quasi castrense*. Ya

también hemos indicado que la razón de esto no es otra que la de haberse instituído el cuasicastrense por medio de una ampliación a la llamada milicia togada de los mismos honores y privilegios que antes se habían concedido a la milicia armada. Sentado este antecedente en la citada ley 5.ª, viene la 6.ª del mismo título, y dice así: «*Castra* es una palabra de latin que se entiende en tres maneras: La primera, e la mas comunal, es todo Castillo, e todo logar, que es cercado de muros, ó de otra fortaleza. La segunda es hueste, ó alvergada, do se ayuntan muchas gentes, que es fortaleza, e por ende es llamada en latin *Castra*. La tercera es Corte del Rey, ó de otro Principe, do se allegan muchas gentes, como á Señor que es fortaleza, e amparamiento de justicia. E por esta razon, las ganancias que los omes fazen en algunos destos lugares tomaron nomes desta palabra, que dize en latin *Castra*. E por esso son llamadas *castrense, vel quasi castrense peculium*. E aun porque tales ganancias como estas fazen los omes con grand trabajo e con grand peligro, e porque las fazen en tan nobles lugares, por ende son quitamente de los que las ganaron e son mas franqueadas que las otras ganancias. Ca los dueños dellas pueden fazer destos bienes atales lo que quisieren, e non han derecho en ellas, nin gelas pueden embargar, padre, nin hermano, nin otro pariente que ayan.» De los tres modos de adquirir que en esta ley se comprenden, los dos primeros, indudablemente, se refieren a la milicia armada, y el tercero, a la togada, y por eso se dice perfectamente que el peculio resultante de los tres es *castrense, vel quasi castrense*. Mas a seguida viene la ley 7.ª, y después de referirse a la anterior, dice así: «Otras ganancias y ha á que llaman en latin *Quasi castrense*, que quier tanto dezir en romance como ganancias que son semejantes destas otras; e son assi como lo que dan á los Maestros, de qual sciencia quier que sean, de la Camara del Rey, ó de otro lugar publico, en razon de soldada, ó de salario. E otrosi, lo que dan ende á los Jueces, e á los Escribanos del Rey, por razon de su oficio, e lo que dan á otro qualesquiera desta manera. Esso mesmo dezimos que es quasi castren-

se todo donadio de heredad, ó de otra cosa qualquier, que da el Rey, ó otro Señor qualquier destos sobredichos. Ca tales ganancias como estas son equivalente de aquellos que las fizieron, assi como de suso diximos.»

Cordardando lo preceptuado en estas dos leyes, resulta, en primer lugar, establecido el peculio castrense; en segundo, ampliado lo que sobre el castrense se establece al cuasicastrense, mas restringido éste a sólo lo que se adquiere por pertenecer a la Corte o Tribunal del Rey, es decir, por su milicia togada, en su más alta consideración, y en tercer lugar, esto mismo ampliado a lo que se adquiere por el ejercicio del profesorado, por el de la administración de justicia, por las donaciones del rey u otro señor, por el del oficio público de escribano o por lo que dan a otro qualesquier desta manera. Es indudable que del análisis que aparece en estas dos leyes resulta la síntesis de que debe considerarse peculio castrense todo lo que se adquiere o gana por causa o con ocasión de la carrera militar, y cuasicastrense lo adquirido por el ejercicio de cualquiera otra carrera, profesión u oficio, cuando se ejerce en concepto de público o por cuenta y en beneficio del Estado, y esto hasta tal punto, que también deben considerarse peculio castrense o cuasicastrense lo que los padres invierten en proporcionar a sus hijos actitud para el ejercicio de las mismas carreras profesionales u oficios públicos, pues así se encuentra determinado en el final de la ley 3.ª, título 4.º, Partida 5.ª, y en la 5.ª, título 15, Partida 6.ª Mas aun todo esto supuesto y admitido, resulta acerca de ello la duda o cuestión, que se reduce a si lo ganado por esas mismas profesiones, cuando no se ejercen en beneficio público y sí en el de los particulares, deberá o no calificarse del mismo modo.

Respecto de la milicia, mucho más considerando la actual constitución de los Estados, y especialmente de los ejércitos, la duda o cuestión no puede tener lugar; pero es indudable que lo tiene con relación a las otras profesiones. El maestro de una ciencia puede enseñarla en un establecimiento público del Estado, o privadamente. La citada

ley 7.ª, taxativamente expresa el primer supuesto; por manera que no concede el beneficio en el segundo. Lo mismo hay que observar respecto del ejercicio de la jurisprudencia, porque si bien la ley concede el beneficio a los jueces, nada dice de los abogados. Varios son los pareceres u opiniones, y, a la verdad, que la duda es de difícil resolución, si se la ha de buscar en las leyes de origen romano. Acudiendo a las verdaderamente españolas, ya hemos visto que los conceptos están expresados con muy notable extensión, puesto que, sin ninguna diferencia, se declara pertenecer al hijo todo lo que adquiera por su propio exclusivo trabajo. Para concordar, pues, los dos extremos, creemos que deberá reconocerse como peculio cuasicastrense todo lo que el hijo adquiera por el ejercicio de una profesión que tenga carácter público, y para la cual se necesite una aptitud reconocida por medio de la obtención de un título concedido por el poder público, aunque el ejercicio concreto se realice directamente en favor de los particulares, y esto todavía con más razón si se exige como necesaria la intervención del profesor. Es cierto que el abogado, cuando interviene en los negocios civiles o criminales, obra como persona privada y por cuenta de las partes, pero también lo es que su intervención se exige como necesaria, y, por lo tanto, como de utilidad pública para facilitar la administración de justicia; es cierto que el profesor autorizado de una ciencia puede enseñarla privadamente, pero también lo es que la sociedad se interesa en aquella enseñanza, porque no puede menos de serle beneficiosa la general ilustración, y que en esto mismo se funda la exigencia de que el profesor se encuentre autorizado por un título en el que se reconozca su aptitud; de modo que, si no directa, indirectamente, en los dos supuestos que como por vía de ejemplo examinamos, el ejercicio se convierte en de pública utilidad.

Respecto de los derechos sobre los bienes que constituyen los peculios castrense y cuasicastrense poco o nada hay que añadir a lo que ya tenemos expresado. En todas las leyes citadas, con toda claridad se ordena y determina

que al hijo compete en ellos la plena propiedad, con la facultad de libre disposición, concediéndose a la par, como consiguientes, las acciones que a todos los demás propietarios y el derecho de comparecer en juicio demandando o defendiendo, como si no estuviera constituído bajo la patria potestad. Únicamente tenemos que indicar que los expositores del derecho romano, al tratar del peculio adventicio, y después de consignar que en él la propiedad corresponde al hijo y el usufructo al padre, reconocen cuatro casos de excepción, que son: primero, si el hijo ade una herencia que ha rechazado el padre; segundo, si al hijo se le dé alguna cosa con la condición de que no la usufructúe el padre; tercero, si uno muere sin descendientes y establece como coherederos de sus bienes a su padre y hermano común; cuarto, si el padre dolosamente malversa los bienes correspondientes al peculio adventicio. Para comprender estas especialidades en una idea general distinguen el peculio adventicio en regular e irregular, dando esta última calificación al que se encuentra en cualquiera de los cuatro casos expresados, y pasan en seguida a examinar si el adventicio irregular viene a parificarse con el castrense o cuasicastrense, decidiéndose por la negativa, porque, aunque al padre se le prive del usufructo, no se le considera al hijo, respecto de él, como padre de familias, ni se le concede, por lo tanto, el hacer testamento. De todo esto en nuestro derecho podemos prescindir, a excepción de lo que en la ley 2.ª, título 2.º, Partida 3.ª, se establece respecto de poder el hijo demandar la entrega de los bienes adventicios «quando el padre gelo malgastase o gelo malmetiese». Concluimos, por lo tanto, lo que creemos conducente a la materia de peculios, teniendo, empero, que advertir que, al tratar de la disolución de la patria potestad, nos ocuparemos, en la exposición, del tiempo y forma en que los padres tienen que entregar a los hijos lo que por sus peculios les corresponde.

SECCIÓN SEGUNDA

DE LOS ALIMENTOS (1)

Razón o fundamento de los alimentos entre ascendiente y descendiente por derecho divino, natural y positivo, y por derecho humano.—A qué se extiende la obligación. — Idea de la necesidad de los alimentos — Obligación recíproca de los hijos para con los padres. — Caso de que la persona necesitada tenga padre e hijos. — Examen de la ley relativa al caso de no existir matrimonio o estar los cónyuges legítimamente separados. — Graduación en el deber de alimentos. — Alimentos a los hijos naturales. — Igualdad de éstos con los legítimos respecto a su derecho a ser alimentados por los ascendientes. — Diferencia tocante a los demás ilegítimos entre los ascendientes por parte de padre y de madre. — Parte que el padre o la madre puede dejar a los hijos ilegítimos en vida o al tiempo de su muerte, por vía de alimentos, según la ley 10 de Toro.—Estudio de esta ley en relación con los demás referentes a derechos hereditarios. — Cuándo el padre o la madre están obligados a dar alimentos a sus hijos ilegítimos. — Cantidad o tanto proporcional que pueden dar. — Si, cuando el quinto no es suficiente para los alimentos, pueden dar más. — Si, cuando son más de cuatro los hijos legítimos, pueden dedicar a los alimentos de los hijos ilegítimos todo el quinto. — Acción a favor de los hijos contra los herederos de sus padres. — Pérdida del derecho a alimentos: ingratitud; falta de necesidad; desheredación. — Alimentos entre colaterales. — Alimentos a los abandonados, a los huérfanos. — Carácter perentorio de los alimentos provisionales. — Distinción de los alimentos en civiles y naturales.

En el orden puramente natural se observa con la mayor precisión que, cuanto más necesario es el cumplimiento de un deber, tanto más fuerte es la garantía con que se encuentra asegurado. Necesario es que los padres cuiden a sus hijos, y también que los hijos cuiden a sus padres, pero no tanto lo uno como lo otro, porque lo primero es constante y lo segundo eventual: de la falta del cumplimiento del deber en los padres resultaría forzosamente que la Humanidad caminara a su destrucción, y no así de la falta del cumplimiento de su deber en los hijos. La necesidad, por consiguiente, debe estar más fuertemente garantida respecto del primero que del segundo, y admirable

(1) Artículos 142 a 153 del Código.

es la exactitud de la diferencia, pues siendo la garantía del cumplimiento de estos deberes el amor, es tanto mayor el del padre que el del hijo, que, como proverbial, se admite la proposición de que con más facilidad cuida un padre de cien hijos que los cien hijos de un padre. Pero todavía puede distinguirse un grado superior en esta admirable graduación, reparando que por ser más necesario el cuidado de la madre, particularmente en la primera época de la vida, es también mayor el amor que el Supremo Hacedor ha impreso en ella, en términos de que puede decirse que el de la madre es más instintivo que racional, y, por el contrario, el de padre más racional que instintivo, pero, por lo mismo, más vehemente y resistible el de la madre que el del padre.

Si esto es lo que se comprende, por la simple recta razón; si esto es lo que resulta sancionado por el derecho divino natural, también con igual precisión lo vemos determinado por el derecho divino positivo. Ya hemos visto en su oportuno lugar que en el 4.º precepto del Decálogo, imponiéndose a los hijos la obligación de honrar a sus padres, se establece a favor de éstos el derecho de ser honrados; ahora tenemos que notar que en el mismo Decálogo, que entre los Mandamientos de la ley de Dios no se encuentra ninguno que especialmente ordene al padre el cuidado de sus hijos: la razón de esto es tan admirable como sencilla, pues consiste en la falta de necesidad; no podía Dios incurrir en el defecto de preceptuar lo innecesario, y habiendo ya creado al hombre, obligado por el amor que infundió en su misma naturaleza, innecesario hubiera sido establecer un precepto que sólo podía conducir al mismo fin; por eso en su ley positiva ordena, en general, el amor al prójimo, y especialmente el del hijo a sus padres, y nada preceptúa, porque nada tenía que preceptuar, respecto del amor de los padres a los hijos. No queremos decir con esto que la materia sea ilegislable, y sí, por el contrario, demostrar el modo por el cual se encuentra legislada en el derecho divino natural y positivo, para empezar asentando que la obligación de dar alimentos no procede precisamente de

ninguna institución humana, y que si la comprendemos en el título dedicado a tratar de la patria potestad, es tan sólo porque, para examinarla, se hace indispensable considerar las relaciones y condiciones que existen entre todos los que forman la sociedad familiar.

Con estos antecedentes, podemos ya pasar a considerar lo concreto, según se encuentra establecido en nuestra legislación, y creyendo excusada la exposición de más antiguos antecedentes, empezaremos por los Códigos alfonsinos, teniendo que mezclar sus disposiciones para poder hacer de ellas la debida distinción, porque se hace indispensable proceder de un modo que nos facilite, primero la consideración del objeto en general, y después la determinación de los derechos y obligaciones de las personas, según la relativa condición en que se encuentren constituídas; y aun antes de todo, se hace necesario fijar el significado de las palabras, advirtiendo que en el Código de las Partidas la idea se expresa con la de crianza o criar, en el Fuero Real con la de gobierno o gobernar, a las que ha venido a sustituir la de alimentos.

El autor de las Partidas dice en el párrafo inicial del título 19 de la 4.ª: «Piedad, e debdo natural, deven mover á los padres, para criar á los fijos, dandoles e faziendoles lo que es menester, segund su poder. E esto se deven mover á fazer, por debdo natural. Ca si las bestias, que non han razonable entendimiento, aman naturalmente, e crian sus fijos, mucho mas lo deven fazer los omes, que han entendimiento e sentido sobre las otras cosas. E otrosi los fijos tenudos son naturalmente, de amar, e temer á sus padres, e de fazerles honrra, e servicio, e ayuda, en todas aquellas maneras que lo pudiessen fazer.» Aquí encontramos ya consideradas y reconocidas por el derecho humano las máximas y doctrinas que hemos visto por el derecho natural. Piedad e debdo natural no significa otra cosa que amor y deber por naturaleza, y, según esta introducción a la materia, todo lo en ella determinado toma por base fundamental este primer supuesto, en el que relativamente se comprenden los padres y los hijos. Las mismas ideas, fun-

dadas en idénticas razones, se encuentran ya preceptuadas en la ley 1.ª del mismo título, y es muy de notar que en ella se considera que la crianza aumenta el amor que produce la procreación, y aun cuando ésta no existe, lo engendra; de modo que viene a sancionarse la máxima de que la caridad, ejercitándola, crece.

Lo más notable de esta ley 1.ª es su párrafo final, que dice así: «Otrosi el fijo es mas tenudo de amar, e de obedescer al padre, porque el mismo quiso levar el afan en criarle, ante que darle á otro»; pues claramente en esto se ve determinado que la obligación del hijo de amar y obedecer a su padre, si bien toma origen del hecho de la procreación, se aumenta por la razón de deberle la conservación de su existencia, con lo que viene a fijarse el fundamento de la causa obligatoria en el hijo de alimentar a sus padres, que vemos también consignada en la primera parte de la ley 1.ª, título 8.º, libro 3.º, del Fuero Real. Dice así: «Si el padre ó la madre vienen á pobreza en vida de los fijos, quier sean casados, quier no, mandamos que segun fuere su poder de cada uno, que gobiernen al padre, e á la madre.» Tenemos ya con esto determinados los respectivos derechos y obligaciones de los padres y los hijos, y es muy de notar que entre las leyes del Fuero aparece primero consignada la obligación del hijo, y de tal modo que, con referencia al supuesto de legitimidad, nada dice de la obligación del padre; procede, por lo tanto, en la misma forma que el Decálogo, omitiendo consignar el deber que el padre legítimo tiene de criar a sus hijos, indudablemente porque de sabido se calla; en las leyes de Partidas, sin embargo, con toda claridad se determina. Dice la ley 2.ª del título 19, Partida 4.ª: «Claras razones, e manifiestas son, por que los padres e las madres son tenudos de criar á sus fijos. La una es, movimiento natural, porque se mueven todas las cosas del mundo, á criar, e guardar, lo que nasce dellas. La otra es, por razon del amor que an con ellos naturalmente. La tercera es, porque todos los derechos, temporales, e spirituales, se acuerdan en ello. E la manera en que deven criar los padres á sus fijos, e darles lo que les fuere menes-

ter, magüer non quieran, es esta: que les deven dar que coman, e que bevan, e que vistan, e que calzen, e lugar do moren, e todas las otras cosas que les fuere menester, sin las quales non pueden los omes bevir. E esto deve cada uno fazer, segund la riqueza, é el poder que oviere; catando todavia la persona daquel que lo deve recebir, en que manera le deven esto fazer. E si alguno contra esto fiziere, el Judgador de aquel lugar lo debe apremiar, prendandolo, o de otra guisa, de manera que lo cumpla, assi como sobre dicho es. Empero dezimos, que de mientra quel padre criare, ó proveyese su fijo, si fiziere el fijo alguna debda que non meta en pro del padre, ó que la saque sin su mandado, que non es el padre tenudo de la pagar. Otrosi dezimos, que los fijos deven ayudar á proveer á sus padres, si menester les fuere, pudiendolo ellos fazer; bien assi, como los padres son tenudos á los fijos.»

Cuatro son los conceptos principales que se comprenden en esta ley, por lo que en cuatro partes puede dividirse. La primera se reduce a indicar, o más bien repetir, las razones o fundamentos de los respectivos derechos y obligaciones de prestarse recíprocamente alimentos; la segunda, a determinar qué es lo que se comprende en la idea de crianza o criar, o qué es a lo que se extiende la obligación; por la tercera se establece el modo de hacer efectiva la realización del deber, y aun también se aclara el concepto de la anterior; en la cuarta se fija la obligación de los hijos. De la primera podemos prescindir por completo, sin más que referirnos a lo que llevamos expuesto. No así de la segunda, que en ella se comprende uno de los puntos más interesantes de la materia. La obligación de criar los padres a sus hijos se extiende a tener que proporcionarles todo lo necesario para comer, beber, vestir y calzar, lugar en donde morar y todas las demás cosas necesarias para la vida, y según la ley 5.ª, título 33, Partida 7.ª, la idea de alimentos se extiende hasta la de suministrar al alimentista, cuando enfermara, las cosas que fueren menester para cobrar su salud. Pero la dificultad consiste en determinar la idea de la necesidad. La ley trata de obviar esta dificultad

estableciendo que debe regularse por la riqueza y poder del que tenga la obligación de dar los alimentos, pero tomando también en cuenta las circunstancias de la persona que los ha de recibir. En verdad que no puede determinarse de otro modo en términos generales, y que de ello resulta la necesidad de un verdadero juicio de estimación con referencia a cada caso particular. De esta indeterminada determinación procede la diversidad de reglas que con más o menos fijeza han venido a establecerse por costumbre; imposible es siquiera entrar en el terreno de su consideración, y, por lo tanto, nos vemos obligados a limitarnos únicamente a explicar la significación de las palabras en el concepto general. Habla la ley de riqueza, y por ésta no debe entenderse el valor en capital de los bienes, sino más bien sus productos, pues siendo éstos los que comúnmente se dedican a cubrir las necesidades de las familias y de las personas, inicuo sería que se obligara en concepto de ser rico, porque tuviera bienes que valieran mucho, al que verdaderamente contara con pocos productos para acudir a sus mismas necesidades. Esta interpretación, fundada en la equidad y en el sentido común, viene a confirmarse por el mismo texto legal, en el cual a la idea de riqueza se añade la del poder, y mal puede dar a otro mucho el que para sí tiene poco. De aquí deducen los expositores hasta la consecuencia de que el que sólo tenga lo necesario para sí está relevado de dar alimentos a otros: al examinar las leyes siguientes tendremos que volver a ocuparnos en este supuesto. En la tercera parte de la que ahora examinamos se establece que si aquel que está obligado a dar los alimentos procediera en contra de esta obligación, es decir, se negara a darlos conforme a la regulación determinada, debe ser compelido por el juez por todos los medios judiciales, y en esto ya se ve aclarado el concepto de que cuando no haya medio de determinar la cuantía por no existir convención, costumbre o cualquiera otra razón determinante, el juez, con conocimiento de la causa, debe decidir la cuestión; mas en esta misma tercera parte se declara que si mientras el padre cumple fielmente su obligación

el hijo contrae deudas con las cuales ningún beneficio produce a su padre, no está éste obligado a satisfacerlas. Verdaderamente, puede calificarse de compendioso este párrafo de la ley, puesto que los conceptos que en él se comprenden son varios y muy interesantes. En primer lugar, fija el supuesto de que el padre tan sólo está obligado a lo necesario, pero a todo lo que lo sea, y de este modo explica lo que se contiene en la segunda parte, que ya dejamos examinada; confirma, en segundo lugar, la misma determinación, absolviendo al padre de la obligación de pagar la deuda que el hijo adquiriera; mas como esta absolución se refiere al supuesto de que el padre críe y alimente al hijo en lo necesario, resulta que cuando el supuesto no existe debe negarse el consiguiente, y, por lo tanto, que si el hijo contrae deudas para proporcionarse los medios de subsistencia porque el padre no se los suministra, éste incurre en la obligación de satisfacerlas; distingue, por último, el concepto, analizándolo hasta en sus ápices de que si la deuda del hijo ha sido contraída en pro del padre o por su mandato, a satisfacerla queda obligado en el primer caso, porque nadie debe enriquecerse a perjuicio de otro; en el segundo, porque el mandato obliga.

En la cuarta y última parte de la ley se consigna la obligación de los hijos de prestar alimentos a sus padres, determinándola, respecto del modo de cumplirla, por medio de una referencia a los mismos términos y conceptos que anteriormente tiene establecidos para los alimentos que los padres deben dar a los hijos, es decir, que la obligación es recíproca y bajo los mismos supuestos; pero de esto mismo resulta una verdadera cuestión, y no fácil de resolver. Suponiendo que la persona necesitada, y en la necesidad se funda su derecho, tenga padre e hijo que se encuentren con riqueza y poder de alimentarla, ¿cuál de los dos deberá hacerlo en primer lugar? Indudablemente, y conforme a lo que ya tenemos expuesto, el deber del padre por la naturaleza está más garantizado que el del hijo, mas no por eso puede decirse que es mayor; su cumplimiento será más necesario, pero no más obligatorio, y siendo lo cierto

que no puede reconocerse graduación o relación de más a menos, forzoso es admitir la completa igualdad. Si, pues, por naturaleza resultan las dos obligaciones iguales, si en lo sustancial no hay diferencia, preciso se hace el buscarla en lo accidental de las mismas relaciones, y, al considerarlas, desde luego resultará que el hijo debe al padre más que el padre al hijo, porque generalmente le es deudor hasta de lo mismo sobre lo que en el supuesto considerado se le demanda, porque si no, con todo el rigorismo técnico, en el lenguaje de la equidad, puede decirse que al prestar el hijo alimentos a su padre no hace más que devolverle lo que de él había recibido. Estas son, para nosotros, las verdaderas razones por las cuales debe considerarse la obligación del hijo más fuerte que la del padre, y no la de ser recíproca, porque la reciprocidad del mismo modo existe de la persona necesitada a su hijo que a su padre. La ley 3.ª del mismo título dice así: «Nodrescer, e criar, deven las madres á sus fijos que fueren menores de tres años, e los padres á los que fueren mayores desta edad. Empero, si la madre fuesse tan pobre que non los pudiesse criar, el padre es tenudo de darle lo que oviere menester para criarlos. E si acaesciesse que se parta el casamiento por alguna razon derecha, aquel por cuya culpa se partió, es tenudo de dar, de lo suyo, de que crien los fijos, si fuere rico, quier sean mayores de tres años, ó menores; e el otro que no fue en culpa, los deve criar e aver en guarda. Pero si la madre los oviesse de guardar, por tal razon como sobre dicha es, e se casasse, estonce non los deve aver en guarda: nin es tenudo el padre, de dar á ella ninguna cosa por esta razon; ante debe el rescebir los fijos en guarda, e criarlos, si oviere riqueza con lo que lo pueda fazer.» Desde luego se comprende que esta ley no se refiere al supuesto de existir la sociedad conyugal; en su primera parte aparece esto con toda claridad, puesto que ni siquiera se roza con la idea de matrimonio, y si bien en la segunda lo considera, es para el caso de no vivir juntos los cónyuges, de haber cesado la sociedad conyugal. Se hace indispensable empezar el examen de lo por ella preceptua-

do con esta advertencia, porque, de lo contrario, podría darse en el inconveniente de contradecir todas las doctrinas y máximas reconocidas respecto de la obligación en que el padre está de atender a la crianza de sus hijos, lo mismo que a los alimentos de la mujer, por las correlativas facultades que se le conceden como jefe de la familia; débese, pues, reconocer que todo cuanto en esta ley se preceptúa y declara es bajo el supuesto de que la sociedad conyugal, de que la jefatura del marido y padre no tenga lugar, ya porque el matrimonio no haya existido, ya porque los cónyuges estén legítimamente separados. Consignada esta advertencia, pasemos al verdadero examen de la ley, para el cual se hace indispensable considerarla por partes.

Ya hemos dicho que en la primera aparece el concepto en general, y, por consiguiente, sin distinción a si ha existido o no sociedad conyugal; esto supuesto, declara que la madre debe criar a sus hijos hasta la edad de tres años, es la que se llama de lactancia, porque si bien el niño no se alimenta únicamente con leche, de tal modo necesita que se le suministren las cosas necesarias para la vida, que la minuciosidad del cuidado no puede menos de considerarse exclusivamente propia de la madre; cumplida ya la prefijada edad, por lo mismo que el cuidado no necesita ser tan minucioso, puede encomendarse al padre, y considerando la ley que mejor él que la madre puede procurarse lo necesario para su subsistencia y la de sus hijos, al padre verdaderamente la encomienda; pero hay todavía más: durante la lactancia, supone la ley que la madre no necesita procurarse medios de alimentar al hijo, porque la Naturaleza espontáneamente se los proporciona, y por eso releva al padre de la obligación, imponiéndosela únicamente a la madre, con las palabras de nodrescer e criar, que exprimen hasta con refinamiento toda la idea; pero no puede menos de considerar que el supuesto falte, que la madre sea tan pobre que no los pueda criar, y para este caso, no priva a seres tan desvalidos del cuidado materno, y sí impone al padre la obligación de dar a la madre lo necesario

para criar a sus hijos. Satisface, más bien admira, tanta exactitud filosófica.

En la segunda parte de la ley se procede ya bajo el supuesto de que la sociedad conyugal se haya disuelto por alguna razón derecha, y se determina que aquel que dió, por su culpa, motivo para la disolución, debe suministrar al otro lo necesario para criar los hijos, sin distinguir ya de edades, cualquiera que sea la que tengan; es decir, que el cuidado, la crianza, la satisfacción de tener los hijos en su compañía, se concede al inocente, y al culpable se le impone la obligación de sufrir las cargas, de lo que no puede eximirse a no ser por pobreza, pues en la ley, al imponerle la obligación, se expresa la condición de si fuere rico, acerca de lo cual tendremos que volver a hablar al ocuparnos en la ley siguiente. De lo que terminantemente se resuelve para el caso de que uno de los dos haya dado motivo a la separación, debe deducirse con toda seguridad lo aplicable al caso en que los dos sean inocentes, pues no habiendo entonces razón para gravar ni favorecer más al uno que al otro, el caso debe resolverse, no por lo contenido en esta segunda parte de la ley, sino por lo determinado en la primera.

En la tercera se supone que a la disolución de la sociedad conyugal haya dado motivo el padre, que por esta razón los hijos estén bajo el cuidado y guarda de la madre, y para tales circunstancias, declara que si la madre se casa, lejos de tener el padre que suministrarle lo necesario para mantener a los hijos, adquiere el derecho de guardarlos y criarlos, «si oviere riqueza con que lo pueda fazer». Al explicar esta tercera parte, se incurre en la necesidad de distinguir varios conceptos, recordando lo que más extensamente dijimos al tratar del divorcio. El matrimonio consumado es indisoluble, y, sin embargo, puede existir matrimonio sin sociedad conyugal, y sociedad conyugal sin matrimonio: lo primero, cuando legítimamente estén separados los que sacramentalmente sean marido y mujer; lo segundo, cuando estén unidos como marido y mujer los que no pueden serlo por existir un impedimento dirimente; y he aquí

el caso que en último término considera la ley. Si, conociendo el varón la existencia del impedimento, se casa con una que esté inocente, al declararse la nulidad del matrimonio ella será la que tenga el derecho de guardar y criar la prole a costa del culpable; podrá también casarse, en atención a la no existencia del impedimento ligamen, puesto que el matrimonio fué nulo; pero si se casa, pierde el derecho de guardar y criar a sus hijos a costa del padre, y hasta de retenerlos bajo su guarda, y es muy de notar que la ley lo establece así tan sólo respecto de la mujer y sin concederle la reciprocidad, siendo la razón tan jurídica como terminante. Cuando es la mujer la guardadora de sus hijos, como al casarse ella misma se sujeta a la potestad marital, viene a resultar que, si no inmediatamente, el marido ejerce, mediante su mujer, un poder sobre aquellos hijos, que por ninguna razón puede competirle, y entre el marido y el padre, aunque sea culpable, la ley prefiere al segundo para encomendarle la guarda y crianza de sus hijos. Cuando al padre compete este derecho por no haber sido él quien diera causa a la disolución, como, aunque se case, en manera alguna no disminuye sus facultades y atribuciones, la ley le concede por completo, con toda consecuencia lógica, lo que a la madre, por razón contraria, le niega. Concluye el texto legal con la repetida condición de si el padre tiene suficiente riqueza para mantener a sus hijos, significando de este modo que, ante todo, es preciso atender a que nunca quede exento de la obligación el que pueda cumplirla, si al otro le faltan medios para realizar el fin, es decir, que todo y siempre está sujeto a la realización de que los hijos sean alimentados.

La ley siguiente, 4.ª, del mismo título, viene en confirmación de esta misma idea, acerca de la cual puede decirse que, por ser la más culminante de la materia, el legislador quiso consignarla hasta más allá de lo necesario; dice así: «Pobredad escusa á las vegadas á los omes, que non fagan algunas cosas, que eran tenudos de fazer de derecho. E por ende, magüer diximos en la ley ante desta, que el que era en culpa porque se partio el casamiento, que esse

era tenudo de dar al otro de lo suyo, con que criasse sus fijos que oviessen de so uno, razon y ha por que non seria assi. Ca si aquel fuesse pobre e el otro rico, estonce el que ha de que lo pueda fazer, deve dar fe de que se crien los fijos. E si el padre, o la madre fuessen tan pobres, que ninguno dellos non oviesse de que los criar; si el abuelo, ó visabuelo de los mozos, fueren ricos, qualquier dellos es tenudo de la criar, por esta razon: porque assi como el fijo es tenudo de proveer á su padre, ó á su madre, si vinieren á pobreza; ó a sus abuelos, e á sus abuelas, e á sus visabuelos, e á sus visabuelas, que suben por la liña derecha; otrosi es tenudo cada uno dellos, de criar á estos mozos sobredichos, si les fueren menester, que descienden otrosi por ella.» Claras y terminantes están, en la primera parte de esta ley, las ideas que dejamos emitidas, y que, por decirlo así, hemos anticipado, no empero sin razón, puesto que las anteriores se encuentran notoriamente indicadas: si la pobreza impide el cumplimiento de la obligación de dar alimentos, subsidiariamente se transfiere a los que por cualquier causa resulten obligados en segundo o más remoto lugar; por eso la ley declara que si el culpable de la disolución de la sociedad conyugal fuere pobre y el inocente rico, «estonce el que ha de que lo pueda fazer, deve dar de que se crien los fijos». Y en su segunda parte, elevando el supuesto al de que ni el padre ni la madre puedan dar lo necesario para alimentar a sus hijos, impone la obligación a todos los ascendientes, y concluye extendiéndolo correlativamente a los descendientes. Acerca de la graduación en que deben considerarse obligados todos los comprendidos en esta ley ha habido distintos pareceres, sobre los cuales, naturalmente, se ha disputado: unos opinan que, siendo lo cierto que la ley no distingue los ascendientes paternos de los maternos, debe acudirse a la distinción que establecía el derecho romano, y es la que se encuentra en la ley 8.ª, título 3.º, libro 25 del Digesto, declarando que la obligación afecta: primero, al padre; segundo, a los ascendientes paternos; tercero, a la madre; cuarto, a los ascendientes maternos. Sostienen otros que, cuando menos, en la ley se

encuentra claramente expresada la idea de determinar la obligación por los grados de parentesco, y que a la par es indudable que la de la madre se antepone a la de los abuelos paternos. Para nosotros, la opinión más fundada es la de que la graduación debe decidirse por el correlativo derecho hereditario, de modo que excluídos gradualmente, por ser pobres, los que debían ir siendo herederos, llegue a fijarse la obligación en el que debiera heredar defectivamente y es rico, dividiéndose respecto del tanto entre todos los que se dividiría la herencia.

Hasta aquí hemos considerado la materia en términos generales por las relaciones naturales que resultan entre los que se encuentran unidos por el vínculo de la sangre, y sin distinguir si el vínculo procede de una unión, de una precaución lícita o ilícita. Ahora tenemos que considerarla con las modificaciones consiguientes al segundo de los supuestos: de modo que viene a resultar aplicable al primero lo que ya dejamos expuesto, sin que para esto sirva de obstáculo lo que tenemos dicho, al examinar la ley 3.ª, de que en ella y en su primera parte se suponga que los hijos proceden de padres que no han estado unidos por verdadero matrimonio, pues esto precisamente viene a constituir el medio de transición del uno al otro concepto.

Dice la ley 3.ª, título 8.º, libro 3.º del Fuero Real: «Quando alguna muger soltera ha fijo de algun home soltero, y el hombre lo recibiere por fijo, la madre sea tenida de le criar, e de gobernarle, y esté fasta tres años, si hobiere donde, e si no hobiere de que criarlo, á costa del padre: e si la muger le criare de lo suyo fasta tres años, el padre lo crie de alli adelante de lo suyo, e no lo tenga mas la madre, sino quisiere, fueras si el Alcalde por alguna razon guisada mandare que lo tenga la madre á costa del padre; y esto mandamos de los fijos de los Christianos: ca si fuere fijo de Christiano, e de Mora, ó de Judia, ó de muger de otra Ley: mandamos que el Christiano lo tenga siempre, e haya la costa del otro asi como es sobredicho. E si despues de tres años el padre lo negare por fijo, mientra andaviere en Pleyto, el padre sea tenudo de dar el gobierno

fasta que sea juzgado el Pleyto: e si no fuere dado por padre, haya las costas de la madre que gelo daba por su fijo con tuerto; e lo que es dicho de los fijos solteros, eso es de los fijos de los casados que fueren partidos por Sancta Iglesia, ó por alguna razon derecha». En la primera parte de esta ley se comprende la misma idea que ya hemos indicado al tratar de la 3.ª, título 19, Partida 4.ª, pero con mayor fijeza y claridad, pues terminantemente expresa que se refiere a hijo habido de mujer soltera y hombre soltero, determinando todavía más directamente la condición de natural por medio del requisito de que el hombre lo reconozca por tal hijo; por lo demás, sin notable diferencia determina que la madre lo tenga y críe hasta los tres años a su costa si pudiere, y si no a la de su padre, y, cumplida la prefijada edad, lo críe el padre de lo suyo y no lo tenga más la madre si no quisiere; por manera que después de la edad de la lactancia la obligación pesa sobre el padre, así como también se le concede el derecho de tener al hijo en su compañía y guarda, en términos de que sólo deba estar en poder de la madre si ella así lo quiere y el padre lo consiente, a no ser que judicialmente, con justa causa, se mande que lo tenga la madre a costa del padre. En esto sintéticamente se comprende todo lo que en la citada ley de las Partidas se establece respecto de deber tener el hijo en su poder aquel que no haya dado causa a la separación de la sociedad conyugal. Mas la ley del Fuero declara que todos sus precedentes conceptos se refieren a los hijos de los cristianos, porque si aquel de que se trata fuere hijo de cristiana y de mora, judía o de otra ley, siempre debe tenerlo en su poder el cristiano y mantenerlo a costa del otro; siendo de notar que, aunque de las palabras de la ley aparece que su precepto se refiere únicamente al supuesto de que el padre sea cristiano y la madre no, bien considerada, se comprende que la idea es correlativa, puesto que dice que *haya la costa del otro*, y en verdad que no hay razón para negar a la mujer cristiana lo que al hombre se le concede. Lo que a seguida se preceptúa en la ley creemos debe reservarse para tratarlo en concordancía con lo que

se establece en otra de las leyes de las Partidas, y concluir lo relativo a esta en que nos ocupamos, consignando lo que constituye su última parte, y es la declaración de que todo los que en ella se dice respecto de los hijos de solteros tenga aplicación a los de los casados cuando por razón derecha o justa causa los cónyuges o los que aparecían serlo se separan.

La ley 5.ª, título 19, Partida 4.ª, dice así: «Engendran los omes fijos, en sus mugeres, legitimos, e á las vegadas, en otras que lo non son. E en criar estos fijos que nascen de las mugeres, que han los omes de bendicion, tambien los parientes que suben por la liña derecha del padre, como de la madre, son tenudos de los criar. Esso mismo es, de los que nascen de las mugeres, que tienen los omes por amigas manifiestamente, como en lugar de muger; non aviendo entre ellos embargo de parentesco, ó de Orden de Religion, ó de casamiento. Mas los que nascen de las otras mugeres, assi como de adulterio, ó de incesto, ó de otro fornicio, los parientes que suben por liña derecha, de parte del padre, no son tenudos de los criar, si non quisieren; fueras ende, si lo fizieren por su mesura, moviéndose naturalmente á criarlos, e á fazerles alguna merced, assi como farian á otros estraños, porque non mueran. Mas los parientes que suben por liña derecha, de partes de la madre, tambien ella como ellos tenudos son de los criar, si ovieren riqueza con que lo puedan fazer. E esto es, por esta razon: porque la madre siempre es cierta del fijo que nasce della, que es suyo; lo que non es el padre, de los que nascen de tales mugeres.»

En la primera parte de esta ley, que desde luego se ve tiene por objeto distinguir los vínculos lícitos de los ilícitos, para determinar las obligaciones que relativamente nacen de los unos y los otros, se purifican por completo el matrimonio y el concubinato, en cuanto a establecerse que, respecto de ser alimentados por sus ascendientes, los mismos, idénticos derechos se reconocen a los hijos procedentes de un vínculo que a los del otro; trayendo, pues, por decirlo así, lo ordenado en esta ley al lenguaje moderno,

podrá decirse que, respecto del derecho de ser alimentados pór los ascendientes, se reconocen enteramente iguales a los hijos legítimos los naturales. Es preciso tener esto muy presente para comprender la razón de la necesidad de la ley 10 de Toro, que ya es preciso indicar, y que luego tendremos ocasión de examinar más latamente. La segunda parte de la en que ahora nos ocupamos trata ya de los demás hijos ilegítimos, y su idea más culminante se reduce a distinguir, determinando que la obligación afecta a los ascendientes por parte de madre, mas no a los que sean pór parte de padre, sin negar, empero, a éstos la facultad de prestar alimentos a sus ascendientes ilegítimos, como podrían hacerlo con los extraños, si a ello les induce el afecto natural y el deseo de conservarles la vida. También esto es preciso tenerlo muy en cuenta para la inteligencia de la citada ley 10 de Toro. Constantemente se ha disputado acerca de si, por el contexto literal y verdadero espíritu de esta ley de las Partidas, la excepción de dar alimento a los hijos ilegítimos comprende al padre, o tan sólo a los abuelos y demás ascendientes paternos. Los que sostienen la afirmativa la apoyan en que, al determinar la exención, la ley se refiere a los parientes que suben por la línea derecha de parte del padre, suponiendo diferencia entre los parientes y el mismo padre. Es indudable que la diferencia existe, así como también que no existiría si la ley hubiera usado de la palabra ascendientes en lugar de las de parientes que suben. El padre, indudablemente, es ascendiente, también es pariente que sube, pero entre la paternidad y el parentesco existe la diferencia que siempre se nota del género a la especie, y siendo lo cierto que la ley se vale de una fórmula diferencial, preciso es reconocer que considera y expresa la diferencia. Fijada de este modo la interpretación de la ley por su literal contexto, forzoso se hace pasar a examinarla en su espíritu. Si se quiere acudir a buscarle un original a la razón, por decirlo así, de su filiación, nos encontraremos con la Novela 89, capítulo 15, en el cual dice terminantemente Justiniano «que los nacidos de uniones nefarias, encestuosas o condenadas, no pueden lla-

marse naturales, ni deben ser alimentados por sus padres *(o parentibus)*, ni tener ninguna participación por la misma ley». Al examinar la de las Partidas, claramente se ve que se refiere a las mismas especies de hijos que la Novela, pero con la misma claridad resalta que la referencia no es para fijar la misma determinación, sino otra enteramente distinta. La ley romana, no sólo exime a los padres de la obligación de dar alimentos a los hijos nefarios, incestuosos y de dañado ayuntamiento, sino que se lo prohibe *(neque alendus est)*, y en la ley de Partida, refiérase o no al padre, existe la exención, pero no la prohibición. En la ley romana, la prohibición se refiere a los padres *(parentibus)*, y esta palabra, en el lenguaje jurídico romano, usada sin distinción, como aparece en el texto, comprende al padre y a la madre; en la ley de las Partidas, claro hasta la evidencia está el precepto obligatorio a la madre aun de alimentar a los hijos de que se trata, puesto que extiende la obligación a todos los ascendientes maternos. Imposible es, por lo tanto, fijar la interpretación de la ley de las Partidas, por lo que no puede menos de darse a la que se quiere presentar como su original; y esto supuesto, lo que procede es buscarle el significado por lo que en ella misma se expresa, y por la concordancia en que debe estar con las demás que vienen a determinar la materia.

En su última parte da razón de todo lo que viene preceptuando, y no es otra de la de ser siempre la madre cierta que si la persona de que se trata es o no su hijo, y nunca poder tener el padre con el mismo grado de seguridad esa misma certeza. Ya hemos explicado, y varias veces repetido, que siendo casi imposible la certeza física de la filiación por parte de padre, el derecho ha tenido que establecer la certeza legal, fundándola en el matrimonio y en el concubinato, y, una vez abolido éste, en el reconocimiento del padre cuando entre él y la madre, si no ha existido, ha podido existir matrimonio; la certeza legal, por consiguiente, se extiende a los hijos legítimos y a los naturales, pero no pasa de aquí. Existiendo la certeza legal, el derecho legalmente reconoce sus efectos en toda su extensión;

si legalmente tiene que proclamarse quién es el padre, legalmente hay que reconocer quiénes son los abuelos paternos, y esto supuesto, consiguiente es que se le imponga la obligación de dar alimentos a sus descendientes. He aquí fundamentalmente la razón de la primera parte de la ley: mas llegamos a la segunda, que viene a justificarse por la misma razón, aunque en sentido contrario. La filiación por parte de madre siempre es cierta: la madre siempre sabe si la persona de que se trata es su hijo, y como el concepto se refiere a un hecho físico y material, aun en caso de duda, cabe la prueba que tenga por objeto la completa certeza; existiendo la física, no hay necesidad de acudir a la legal, y lo que se hace es reconocerla legalmente, extendiendo sus consecuencias a todo lo que lógicamente deben extenderse, y he aquí por qué la ley impone a la madre la obligación de alimentar a sus hijos, de cualquiera especie que sean, y extendiéndola a todos los ascendientes maternos. Pero en llegando al padre, como no puede existir ni la completa certeza física, ni se reconoce la legal respecto de los hijos adulterinos, incestuosos o de condenado coito, ni mucho menos de los propiamente llamados espurios, resulta que, aunque el padre los reconozca, su reconocimiento, como para ningún efecto legal debe perjudicar a tercero, no puede afectar a los que se nieguen al mismo reconocimiento, en cuyo caso se encuentran los demás ascendientes paternos, los parientes que suben por la línea derecha de parte del padre, en razón a que ni puede imponérseles la certeza física, ni tampoco les alcanza la imposición de la legal. El padre, sin embargo, reconociendo la paternidad como antecedente, no puede negar el consiguiente de su vínculo, si bien sea meramente natural y aun prohibido por derecho: será verdad que conjuntivamente reconoce también un delito y un pecado, pero ni los delitos ni los pecados eximen de las obligaciones, porque el faltar a su cumplimiento sería volver a incurrir en lo ilícito, y el padre resultaría doblemente criminal y pecador si, siendo de cualquier modo causa inmediata de la existencia del hijo, se negara a suministrarle lo necesario para su mis-

ma existencia: la ley, el derecho, conforme con la moral, ha tenido que establecer la obligación del padre, empero sin extenderla a los demás ascendientes paternos, porque, por decirlo así, la ilación de las inducciones se rompe en el primer grado. Tal es, en nuestro concepto, la verdadera interpretación de la ley 5.ª, título 19, Partida 4.ª, empero respetando la opinión contraria, pues no podemos menos de confesar que no dejan de ser fuertes las razones que en su apoyo pueden alegarse.

Dejamos indicada la relación en que está la ley que acabamos de examinar con la 10 de Toro, 6.ª, título 20, libro 10 de la N., que dice así: «Mandamos que en caso que el padre ó la madre sean obligados á dar alimentos á alguno de sus hijos legitimos en su vida ó al tiempo de su muerte; que por virtud de la tal obligacion no le pueda mandar mas que la quinta parte de sus bienes, de la que podia disponer por su ánima. Y por causa de los dichos alimentos no sea mas capaz el tal hijo ilegitimo. De la cual parte, despues que la obiere el tal hijo pueda en su vida ó en su muerte hacer lo que quisiere ó por bien tuviere. Pero si el tal hijo fuere natural, y el padre no tuviere hijos ó descendientes legitimos, mandamos que el padre le pueda mandar justamente de sus bienes todo lo que quisiere, aunque tenga ascendientes legitimos.» Cúmplenos, por lo tanto, examinar lo que en conjunto resulta de las dos, y para ello todavía nos será preciso relacionarlas con otras, pues de tal modo llega a complicarse esta materia, que para su completo examen sería forzoso hacer concurrir cuanto sobre derechos hereditarios por testamento y *abintestato* forzosos o dependientes de la voluntad de los causantes se encuentra establecido en nuestro derecho. Es clara la imposibilidad de poderlo hacer incluyéndolo en el capítulo que a los alimentos dedicamos, pero igualmente es preciso consignar esta proposición para justificar la incursión en otras materias que tenemos que considerar ya como conocidas, aunque sea a costa de adelantar ideas que, siguiendo el orden que nos hemos propuesto, es preciso reservar para mucho más adelante.

En la ley 5.ª, título 19, Partida 4.ª, hemos visto que, respecto al derecho de ser alimentados, se parifican por completo los hijos naturales a los legítimos, y también que a los parientes que suben por parte de padre, si no se les impone la obligación, se les concede la facultad de dar alimentos a sus descendientes, por más que deban ser calificados de adulterinos, nefarios o incestuosos. Hemos también sentado nuestra opinión de que el padre está obligado a dar alimentos a todos los hijos, de cualquiera clase que sean, siempre que esté en el caso de reconocer o ser convencido de su paternidad. Esto da el resultado de que, aun teniendo hijos legítimos el padre, y es claro que mucho más la madre, están obligados a dar alimentos, no sólo a los naturales, sino a los adulterinos, nefarios e incestuosos. Enfrente de esto aparecía, entre otras, la ley 9.ª, título 5.°, libro 3.° del Fuero Real, por la cual terminantemente se declaraba que el hombre que tuviera hijos o nietos, o descendientes más remotos, no pudiera dar por su alma, ni a otro extraño, más que la quinta parte de sus bienes, y de la concurrencia de estos preceptos resultaba, en primer lugar, la diferencia respecto de los derechos hereditarios entre los legítimos y los naturales, y en segundo, y como consecuencia, la necesidad de fijar hasta cuánto, relativamente a los bienes de los padres, podían dar por alimentos a sus hijos ilegítimos en los casos de existir y no existir otros legítimos. A resolver la cuestión y llenar la necesidad vino la copiada ley 10 de Toro, que es preciso considerar como parte de todo lo que en aquella legislación se preceptuó respecto de los derechos de los hijos bastardos o ilegítimos, y, por lo tanto, como íntimamente unida a lo que lo está en el orden numérico inmediatamente, y es la 3.ª en la misma colección. Si no se le considera de este modo, raya en el imposible el llegar a poderla entender; por el contrario, previas estas advertencias, su recto significado, su verdadero sentido, sin mucha dificultad se llega a comprender hasta la completa satisfacción.

Empieza considerando el supuesto de que el padre o la madre se encuentren constituídos en la obligación de dar

alimentos a algunos de sus hijos ilegítimos, en su vida o al tiempo de su muerte. Siendo este su principio, lo primero que hay que examinar es, cuando se verifica el supuesto, cuándo el padre o la madre están obligados a dar alimentos a sus hijos ilegítimos, y la contestación es tan sencilla como terminante. Según la ley 5.ª, título 19, Partida 4.ª, siempre: acerca de la madre, no cabe duda; acerca del padre, ya hemos dicho que tal es nuestra opinión. Mas esta contestación, que damos de un modo tan terminante, es para algunos dudosa, y para otros contraria a la verdad. Estos últimos se fundan en la suposición de que los derechos que la ley 5.ª, título 19, Partida 4.ª concede a los hijos adulterinos, nefarios e incestuosos, sólo pueden tener lugar a falta de hijos legítimos, y para ello se fundan en la ley 10, título 13, Partida 6.ª, que dice así: «Nascido seyendo alguno de fornicacion, ó de incesto, ó de adulterio; este atal non puede ser llamado fijo natural, nin debe heredar ninguna cosa de los bienes de su padre: e si tal fijo como este diesse el padre alguna cosa de lo suyo, los otros fijos legitimos que fueren de aquel padre mismo, pueden revocar la donacion, e la demanda. Fueras ende, si Rey le confirmase la donacion, ó la mando por su privilejo. E si fijos legitimos non oviere, puedenla revocar los hermanos del padre deste fijo atal, ó su abuelo, ó su abuela. E si tales parientes non oviessen que la revocassen, ó si los oviere, fuessen tan negligentes, que non quisiessen demandar fasta dos meses lo que fuesse dado á tal fijo como este, estonce debe ser del Rey.»

Es indudable que por esta ley se prohibe a los padres dar cosa alguna de sus bienes en vida, ni por causa de muerte, a los hijos incestuosos, nefarios y adulterinos, y que la capacidad para adquirir en tal concepto es tan absoluta, que el derecho de revocar la herencia, legado o donación se concede a los hijos legítimos, a los hermanos del donante y a los ascendientes del mismo, y esto hasta tal punto, que, a falta de todos ellos, o de su reclamación, cae la cosa en comiso, y debe pertenecer al Rey, es decir, al Fisco. No puede encontrarse la división ni más terminante

ni más extensa: los hijos a que se refiere nada pueden adquirir del padre; cuanto el padre les dé, deben perderlo, si no a favor de otros parientes legítimos, en beneficio del Fisco. Pero en este concepto general, ¿se comprenden los alimentos? Para excluirlos es necesario acudir a una distinción, que consiste en admitir que la prohibición alcanza a todo lo que por herencia o donación den los padres a los hijos de que se trata, mas no a lo que den por alimentos, y esta distinción aparece en contradicción del principio o regla de interpretación, que dice no debe distinguirse cuando la ley no distingue. Si esto hubiera de admitirse, de ello resultaría uno de los dos extremos de un verdadero dilema: o que la ley 10, título 13, Partida 6.ª esté en contradicción con el sentido o interpretación que hemos dado a la ley 5.ª, título 19, Partida 4.ª, o que ese mismo sentido o interpretación sea erróneo, de modo que venga a resultar triunfante la opinión de los que sostienen que el padre no tiene que dar alimentos a los hijos nefarios, incestuosos y adulterinos cuando tiene legítimos. Véase con cuánta razón hemos dicho, al sentar nuestra proposición interpretativa, que la opinión contraria era muy respetable; pero vamos a ver cómo se destruye su principal fundamento.

Consiste precisamente en no admitir distinción dentro del concepto de la ley de la Partida 6.ª, por la regla de interpretación de que no debe distinguirse cuando la ley no distingue. Pero ¿es cierto que la ley no distinga? Hasta tal punto estamos por la negativa, como que la creemos evidente. La ley de la Partida 6.ª forma parte del título «De las herencias sin testamento», y la de la Partida 4.ª está en el título «De cómo deben los padres criar a sus hijos». Los objetos, las materias no pueden ser más distintas: la distinción, por consiguiente, por evidencia aparece. He aquí, pues, destruído el supuesto fundamental y adquirida la posibilidad de entrar en otras consideraciones. La ley de la Partida 6.ª prohibe terminantemente que los padres den de sus bienes cosa alguna a los hijos nefarios, incestuosos y adulterinos, y esto no es sólo cuando tenga otros legítimos, sino cuando no los tengan. Si, pues, esos hijos son

incapaces de recibir cosa alguna del padre, con más razón deben serlo respecto de los demás ascendientes paternos, y es indudable que, según la ley de la Partida 4.ª, a los parientes que suben por parte de padre les es permitido dar alimento a los hijos nefarios, incestuosos y adulterinos; resulta, por consiguiente, que si se niega, si se rechaza la distinción, la ley de la Partida 6.ª aparecerá en contradicción, no ya con el sentido o interpretación que hemos dado a la ley de la Partida 4.ª, sino con el texto expreso literal e indudable de misma, y, por último, las dos leyes contradictorias. Esto no cabe ni puede admitirse mientras haya medio de explicar la concordancia, y siendo éste tan sencillo como positivo, puesto que consiste en una simple distinción que por sí misma se justifica, como dejamos expresado, lo lógico, lo natural, lo científico, es admitirla, resolviendo por ella la duda que de otro modo se elevaría a conflicto; conviniendo, pues, en que la ley de la Partida 6.ª no tiene aplicación a la materia de alimentos por ser su objeto otra enteramente distinta, tendremos, en último resultado, que la verdaderamente aplicable en toda su pureza es la de la Partida 4.ª, y que siendo lo cierto que por ésta se establece la obligación de los padres de dar alimentos a todos los hijos ilegítimos, a este concepto y supuesto se refiere la ley de 10 de Toro donde dice: «Mandamos que en caso que el padre ó la madre sean obligados á dar alimentos á algunos de sus hijos ilegitimos en su vida ó al tiempo de su muerte.»

Determinado ya el primer supuesto de la ley, o sea el caso o casos en que los padres son obligados a dar alimentos a sus hijos legítimos, viene en seguida a determinarse la cantidad, o más bien el tanto proporcional que puede dedicarse a este objeto, y dice la ley «que por virtud de tal obligacion no le puedan mandar mas que la quinta parte de sus bienes de la que podian disponer por su anima. Y por causa de los dichos alimentos no sea mas capaz el tal hijo ilegitimo». Varias y sostenidas disputas se han suscitado y suscitan sobre el sentido e interpretación de esta segunda parte de ley; se hace, por consiguiente, necesario

analizarla con cuidado para, distinguiendo lo claro de lo oscuro, poder fijarse en los puntos de verdadera dificultad. Clara parece la prohibición impuesta al padre y a la madre de dar por vía de alimentos, en su vida o al tiempo de su muerte, a sus hijos ilegítimos más del quinto de los bienes. Claro está también que los hijos a los cuales la ley se refiere no pueden percibir por causa de dichos alimentos más que el mismo quinto; claramente resulta, por lo tanto, establecida la tasa en cuanto al máximum, y que el mínimum tiene que regularse por la necesidad: el padre y la madre pueden darles lo que quieran como no exceda del quinto, y dentro de lo que éste importe están obligados a darles lo que sea necesario. Ya al examinar las leyes de Partidas hemos explicado el concepto en que debe determinarse esta necesidad; pero ahora viene lo oscuro: ¿a qué clase o clases de hijos se refiere la ley y en qué condiciones? Esto, que verdaderamente en la primera parte aparece oscuro, viene a aclararse en la segunda, y mucho más haciendo concurrir la ley anterior 9.ª de la misma colección. Es cierto que la 10 empieza hablando sin distinción de hijos ilegítimos y del padre y de la madre, mas en su última parte ya distingue diciendo que si el tal hijo fuere natural y el padre no tuviese hijos o descendientes legítimos, le pueda mandar justamente de sus bienes todo lo que quisiere, aunque tenga ascendientes legítimos; considerando, por lo tanto, esta distinción, aparece ya con claridad que, existiendo hijos legítimos, los naturales se confunden en el concepto general de ilegítimos, y respecto de ellos, como de todos los que se comprenden en las otras diferentes denominaciones, la facultad del padre a darles alimentos se limita a destinar a este objeto el quinto, su obligación se extiende a dar lo necesario, y de este modo se determina el correlativo derecho de los hijos, es decir, que nunca pueda perjudicarse la herencia forzosa de los descendientes legítimos, cuyo derecho se extiende a percibir las cuatro quintas de los bienes de sus ascendientes. Después de esta distinción, y en el mismo párrafo de la ley, se comprende otra reducida a la modificación del supues-

to referente a la existencia de hijos legítimos. Cuando éstos no existen, se distinguen los naturales de los demás ilegítimos, concediéndole al padre la facultad de instituir herederos a los primeros en todo lo que quiera, aunque tenga ascendientes legítimos, empero sin imponerle la obligación. Si, pues, no existen hijos legítimos y sí naturales, y otras diferentes clases de ilegítimos, el padre, respecto de los naturales, podrá, a su voluntad, darles lo que quiera de sus bienes, sin perjuicio del derecho de los demás ilegítimos a percibir los alimentos necesarios en cuanto no excedan del quinto, y este mismo derecho se reconocerá en los mismos naturales cuando el padre no les haya dado, como puede darles, lo necesario para sus alimentos, o, bajo cualquier otro concepto, a falta de legítimos. Respecto de la madre, se ve que la ley, en su primera parte, no la diferencia del padre; debe reconocerse, por tanto, que cuando tiene hijos legítimos, su facultad, sin ninguna distinción, respecto de los ilegítimos, se extiende a poder dedicar a sus alimentos la quinta parte de sus bienes, y su obligación a dar, sin exceder del quinto, para salvar la herencia forzosa de los legítimos, lo que a los ilegítimos sea necesario; mas en el caso de no tener hijos o descendientes legítimos, ya no hay necesidad de concederle facultad de alimentar a los ilegítimos, por la sencilla razón de que en la ley anterior se declaran herederos forzosos los naturales y espurios, por su orden y grado, con la sola salvedad de si los hijos fueren de dañado y punible ayuntamiento, o de clérigos, frailes, freires o monjas profesos. Combinando todas estas disposiciones legales, resulta que el correlativo derecho y obligación de alimentos, aunque se relaciona con los hereditarios, se extiende a más, es decir, que se deberán alimentos a todos los que se encuentren asistidos del derecho de herencia, y aun a los que estén privados de ella, siempre que estén unidos con el vínculo de la sangre; si, pues, a falta de legítimos, son herederos forzosos de la madre, según la ley 9.ª, los naturales y espurios por su orden, a los primeros se deberá la herencia, y a los segundos, conforme la ley 10, los alimentos que no excedan del quin-

to, y en cuanto sea necesario. Y, por último, viene el concepto final de las dos leyes: siendo lo cierto que, aun respecto de la madre, a los hijos de dañado y punible ayuntamiento, y a los de clérigos, frailes, freires o monjas profesos, se les declara incapaces de la herencia, ¿se les deberá o no alimentos, conforme a la ley 10? Decididamente proclamamos la afirmativa, fundándonos en la doctrina ya indicada, y que desde el principio venimos considerando: el derecho de percibir alimentos, respecto de las personas a quienes se concede, se extiende mucho más que el hereditario: este es el objeto de la ley 9.ª; la 10, que habla de aquél, no marca distinciones, no establece restricciones, y aunque se expresa por medio de una referencia, en su relato, que es el que se comprende en la ley, título 19, Partida 4.ª, como ya plenamente justificado, a todos los hijos, sin diferencia, se les concede el derecho de ser alimentados, de modo que viene a incidirse forzosamente en la solución de que aun a esos seres desgraciados a quienes se les priva completamente de la herencia, las leyes les conceden el derecho de ser alimentados, el de recibir lo necesario para su subsistencia de aquellos por cuya causa inmediatamente existen. Por más pecaminosa, por más criminal que sea la unión de que procedan, imposible es privarles de este auxilio; repugnante sería a la justicia y a la moral, que nunca pueden admitir que quede desobligado el criminal en perjuicio del inocente.

Otras cuestiones sostienen los expositores, de las que no podemos prescindir, no obstante de creer que con lo ya manifestado pueden resolverse. Proponen como dudoso si, cuando el quinto no es suficiente para los alimentos de los hijos ilegítimos, podrán los padres darles más. Apoyan la negativa en las terminantes palabras de la ley 10 de Toro, y por causa de dichos alimentos no sea más capaz el tal hijo ilegítimo, y fundan la afirmativa en que, no existiendo descendientes legítimos, los padres tienen facultad de disponer de más del quinto a favor de quien les plazca, sin distinción de si los favorecidos son o no hijos suyos. Resalta, por consiguiente, en esta cuestión la necesidad de

admitir en los supuestos una distinción, que consiste en si, al tratarse de los hijos ilegítimos, los hay o no legítimos. Pero ni aun con esto puede llegarse a determinar los verdaderos supuestos, porque puede suceder que no existan hijos legítimos y sí herederos forzosos. En nuestro concepto, por lo tanto, la cuestión se resuelve por la siguiente forma: los padres pueden dedicar a los alimentos de sus hijos ilegítimos todo lo que no esté sujeto a herencia forzosa; o en otros términos: el derecho de herencia necesaria o forzosa no puede ser perjudicado por causa de alimentos a los hijos ilegítimos. Ya en este mismo concepto hemos aplicado las prescripciones de las leyes 9.ª y 10 de Toro, pero no creemos que esté demás el insistir acerca de ellas. Si existen hijos legítimos, como éstos tienen derecho perfecto a percibir por herencia las cuatro quintas partes de los bienes de sus padres, los ilegítimos no podrán obtener por causas de alimentos, ni de su padre ni de su madre, más que lo que importe la quinta restante; si no existen hijos legítimos y sí naturales y de otras especies de ilegítimos, ya es preciso distinguir el padre de la madre: respecto del primero, la verdad es que concluye el gravamen de herencia forzosa, porque estando facultado para dar a los naturales todo lo que quiera de sus bienes, ya los mismos ascendientes dejan de ser herederos necesarios, puesto que el que perciban o no cosa alguna depende de la voluntad del padre; mas como al padre sólo se le permite privar de la herencia a sus ascendientes en el supuesto de que la dedique a sus descendientes naturales, resultará que a los hijos ilegítimos que no sean naturales pueda dedicar, y, por consiguiente, dar en concepto de alimentos, el tercio de sus bienes, sin que ellos puedan reclamar más que lo que importe el quinto, porque el padre, o tiene que instituir al hijo natural, y puede hacerlo en todo aquello que no esté sujeto a otra obligación, o, si no lo hace indirectamente, instituye por ministerio de la ley a sus ascendientes, en cuyo caso no les debe más que los dos tercios, pudiendo dedicar el otro a lo que más le plazca, incluso el de alimentar a sus hijos ilegítimos. Por lo que hace a la madre, si no

tiene descendientes legítimos y sí naturales, éstos son sus herederos forzosos, a ellos, como a descendientes, les debe las cuatro quintas partes de su herencia, de modo que sólo podrá dedicar a los alimentos de los otros hijos ilegítimos que tuviese la quinta restante; si no tiene hijos naturales, entran por su grado los espurios bajo los mismos conceptos, y en tal caso podrá dedicar también la quinta parte de herencia libre a los alimentos a los de dañado y punible ayuntamiento, y aun de los de clérigos, frailes y freires, o los suyos, si es monja, porque aunque todos éstos están fuera de la graduación hereditaria, ya hemos visto que esta incapacidad no se extiende, ni puede, ni debe extenderse a la de ser alimentados.

Otra duda o cuestión proponen los autores, y que se reduce á si cuando son más de cuatro los hijos legítimos, podrán los padres dedicar a los alimentos de los ilegítimos todo el quinto. La dificultad consiste en si es forzoso admitir el supuesto de que un ilegítimo perciba más parte de la herencia que un legítimo. Para nosotros es indudable la afirmativa, porque la dificultad con que se la quiere impugnar es la que precisamente resuelven todas las leyes por las que se establecen las legítimas, la extensión y limitación del derecho de disponer de los bienes para después de los días del testador; en una palabra, la testamentificación activa. El que tiene descendientes legítimos, cualquiera que sea su número, puede disponer libremente del quinto: la ley 10 de Toro no hace más que confirmar este principio con referencia a la obligación de alimentar a los ilegítimos, y, por consiguiente, para aclarar cómo han de combinarse las dos obligaciones y los dos derechos; los padres están obligados a transmitir por herencia las cuatro quintas partes de sus bienes a sus hijos legítimos, y al mismo tiempo a dar alimentos a los ilegítimos. Estas son dos obligaciones: los padres, aunque tengan hijos legítimos, pueden disponer de la quinta parte de sus bienes del modo que crean conveniente, con entera libertad, y al mismo tiempo pueden determinar la cuantía de los alimentos que deben a sus hijos, sin escasear lo necesario. Estos son sus

dos derechos: la ley de Toro ha venido a limitar las obligaciones por los derechos y los derechos por las obligaciones: ni podía ni debía hacer más. Dentro de los límites que fija podrá suceder que llegue a percibir más un legítimo que uno ilegítimo, pero del mismo modo que también puede acontecer el que uno completamente extraño perciba más que un hijo. Cuando tales supuestos se verifiquen, tendrán por causa la voluntad del padre, que es libre dentro de los prefijados términos y que es lícita, puesto que la ley se la concede; todo lo más que pueda concederse será que el modo de usar de esta libertad no sea honesto; ya dijo Paulo, como se ve en la ley 144, título 17, libro 50 del Código: *Non omne, quod licet, honestum est;* pero para que sea válido y eficaz, basta que sea lícito.

Concluímos con esto lo que nos parece necesario hacer notar para la común inteligencia de la ley 10 de Toro; mucho más podría decirse, y por mucho más que se dijera, difícil sería llegar a la completa exposición de la materia, pues si se habían de concordar sus disposiciones con todas las demás en cuya relación están, necesario resultaría un lato, muy lato tratado especial; ni podemos ni debemos intentar este trabajo, superior al objeto que nos hemos propuesto y también a nuestras fuerzas.

Supuesto que los hijos ilegítimos tienen derecho a ser alimentados por sus padres y demás ascendientes, según ya queda explicado, y que este derecho naturalmente se relaciona con su correlativa obligación comprendida en la ley 10 de Toro, al expresar que se refiere a la vida de los padres y también al tiempo de su muerte, necesario es reconocer que la acción para hacer efectivo el derecho compete a los hijos contra los herederos de sus mismos padres. La ley 8.ª, título 13, Partida 6.ª, que establece los derechos hereditarios de los hijos naturales, o más bien la capacidad de ser instituídos herederos, declara que si no lo son, los que lo sean «son tenudos, de le dar lo que le fuere menester para su govierno, e para su vestir, e calzar, segun alvedrio de omes buenos, de manera que lo puedan sofrir sin gran su daño». Aunque en esta ley sólo se concede la

acción a los hijos naturales, como que un derecho que no pudiera reclamarse dejaría de serlo, pues tanto monta el que deje de poderse hacer efectivo, allá hasta donde llegue el derecho, debe llegar su misma acción, y, por consiguiente, imposible es negarla a todos los ilegítimos en los casos y circunstancias a que el derecho se refiere. Dos sentencias del Supremo Tribunal hemos visto, una de 18 de septiembre de 1860 y otra de 10 de febrero de 1862, en las cuales se estima la acción de los ilegítimos ejercitada contra los herederos de sus padres, si bien se limita el derecho a lo verdaderamente necesario, tomando en cuenta para determinarlo la cuantía de la herencia.

Por más que el derecho y obligación respectiva y correlativa de exigir y dar alimentos se funde o tome origen de los afectos y relaciones naturales, no puede menos de reconocerse que por razones de la misma naturaleza deben considerarse destruídas. A determinar este punto viene la ley 6.ª, título 19, Partida 4.ª, que dice así: «Comunal derecho es, tambien á los padres, como á los fijos, que el que fiziere algun yerro contra algun dellos; de aquellos porque son llamados los omes, en latin, *ingrati;* que quier tanto dezir, como ser desconosciente, un ome á otro, del bien que rescibe, ó rescibio del; que por tal razon como esta non es tenudo el padre de criar al fijo; nin el fijo de proveer al padre. E esto seria como si uno dellos acusasse al otro, e le buscasse atal mal, porque meresciesse muerte ó desonrra, ó perdimiento de lo suyo. Otrosi, quando el fijo oviesse de lo suyo en que pudiesse bivir; ó uviesse tal menester, porque pudiesse guarescer, usando del, sin mal estanza de si; estonce non es tenudo el padre de pensar del. Esso mismo, dezimos del fijo, que debe fazer contra su padre. Otrosi, quando muere alguno, que fuesse tenudo de proveer á su padre, e en su testamento estableciesse por su heredero á otro estraño, deseredando á su padre por alguna derecha razon; este heredero atal non es tenudo de proveer al padre del muerto; fueras ende, si veniesse á muy grand pobreza.»

La ley comprende en la palabra ingratitud todas las

causas por las cuales se pierde el derecho de exigir alimentos, y de tal modo explica la idea, que por excusada debe omitirse toda otra más lata explicación. Los ingratos no tienen derecho a exigir el ser alimentados por aquellas personas que han sufrido los efectos de la ingratitud. Determinado esto en la primera parte de la ley, viene la segunda, que se reduce únicamente a repetir que siempre, para la perfección del derecho de exigir alimentos, debe concurrir el supuesto o circunstancia de necesidad; en una palabra: que no se deben al que no los necesite; por manera que los dos conceptos fundamentales que deben coexistir para que se reconozca el derecho y correlativa obligación de alimentos, son que aquel a quien afecta la obligación pueda darlos y aquel que los reclama los necesite, y de aquí se deduce la aplicación a esta materia del beneficio de competencia; el que no tenga más que lo necesario para sí no está obligado a otro.

La tercera parte de la ley merece mayor atención, porque en ella se comprende y determina uno de los puntos verdaderamente sustanciales de la materia. Declara sustancialmente que hasta el exheredado con justa causa, si absolutamente los necesita, tiene derecho a exigir alimentos del instituído heredero por aquel que tenía obligación de darlos. Se ha disputado sobre si la disposición de esta ley es general o sólo tiene especial aplicación al caso en que el exheredado sea padre del testador. Vèrdaderamente esta es la idea a que parece limitarse lo literal del texto: ya hemos visto cómo en la ley 8.ª, título 13, Partida 6.ª, se concede a los hijos naturales el derecho de reclamar alimentos a los herederos de sus padres; es preciso también tomar en cuenta que la ley en cuyo examen nos ocupamos tiene por objeto la determinación de los casos en que se pierde el derecho de exigir los alimentos, que los comprende todos en la idea de ingratitud y que en la misma se comprenden también las justas causas de exheredación; si, pues, el padre, aunque incurra en ingratitud, si llega a gran pobreza, a extrema necesidad de ser alimentado, debe serlo por los herederos del hijo, ¿deberá negarse a los hijos este mismo

derecho respecto de los padres? Ya hemos dicho que por más que la materia de alimentos se equipare a la de herencias para determinar los derechos y obligaciones por correlación, respecto a las personas a que el derecho se refiere es más extensa, porque se conceden alimentos a los que no se conceden derechos hereditarios. Creemos, por lo tanto, que en la duda debe acudirse a las que se consideran máximas fundamentales, y que la ley debe interpretarse en concepto de exagerar, por decirlo así. la necesidad; ésta debe regularse por las circunstancias especiales de riqueza, posición social y demás que sea indispensable considerar en las personas que han de dar y percibir los alimentos; mas cuando la necesidad sea absoluta, cuando el que haya de percibirlos absolutamente carezca de otro medio para vivir, por más que haya incurrido en la nota de ingratitud hasta dar causa a la exheredación, no podrá negársele lo absolutamente indispensable para que viva, porque nunca se puede llegar a creer lícito que vea el padre al hijo o el hijo al padre morirse de hambre y no lo socorra si puede hacerlo; y si la obligación se escapa, por decirlo así, de lo legal humano, entra en lo divino, en el derecho natural y en el positivo, pues preceptuada nos está la caridad como una de las virtudes teologales.

Hasta aquí hemos visto los respectivos derechos y obligaciones que afectan y asisten a los ascendientes y descendientes correlativamente. En las leyes de las Partidas nada hemos encontrado respecto de los colaterales. Al examinar la 1.ª, título 8.º, libro 3.º del Fuero Real, hemos copiado tan sólo su primera parte, porque se refiere exclusivamente a declararla obligación de los descendientes; mas en su segunda parte dice así: «Otrosi, mandamos, que si hobiere algun hermano que fuere pobre, sean tenudos de le gobernar: e si el padre, ó la madre murieren, los fijos gobiernen á aquel que fincare; e si se casare, denle la meitad del gobierno que le ante daban, e no sean tenudos de gobernar la madrastra, si no quisieren.» Clara y terminante está la obligación impuesta a los hermanos de alimentar al que entre ellos sea padre, y también la de los hijos a su

padre o madre viudos, así como la relevación de dar cosa alguna a la madrastra y el derecho de reducir la mitad de lo que daban al viudo si se casa. Tenemos, pues, que si no en la primera parte de la ley, como en su lugar consignamos, en la segunda se establece la obligación de los colaterales, si bien limitándola al primer grado, siempre, por supuesto, en la inteligencia de existir la necesidad en el que haya de percibirlos, y no la que se supone relativa, que sea determinada por la posición social y riqueza de los interesados, sino la absoluta de ser pobre, de no tener de qué vivir; por manera que en todo y por todo resalta esta distinción, verdaderamente observada en las relaciones sociales. Entre ascendientes y descencientes, y más si son legítimos, y más cuanto más próximos estén en grado, se deben los alimentos en concepto de poder cubrir con lo que a este objeto se dedique las necesidades relativas a la riqueza y posición social de la familia a que pertececen los que tienen derecho a percibirlos: los hermanos entre sí sólo se deben lo absolutamente indispensable para la vida, y tal es en nuestro concepto el espíritu de la ley.

Otras leyes vienen determinando casos especiales, sobre los cuales, como pueden ser frecuentes, es preciso fijar reglas generales de decisión. La 3.ª, título 20, Partida 4.ª, declara sustancialmente que el que recoge, ampara y alimenta a un abandonado por su padre, su madre o su señor, no puede pretender constituirlo en su servidumbre, ni aun exigirle lo que haya gastado en sus alimentos, a no ser que al tiempo de recogerlo y empezarlo a alimentar haga afrentas, es decir, manifieste que su intención es reclamar lo que en alimentos invierta.

La ley 4.ª del mismo título se refiere a la misma idea, pero con la modificación de si el abandonado está en la edad de la infancia, o, más bien, de la lactancia. Declara que si el abandono o exposición se ha hecho sin mandato o sin conocimiento del padre, no pierde la patria potestad; de modo que si luego que lo sabe lo reclama deberá serle devuelto, teniendo que abonar al que lo recogió lo que en alimentarlo haya invertido, a no ser que lo haya hecho por

amor de Dios; mas como el de determinar la distinción queda a voluntad del que haya dado los alimentos, lo que verdaderamente viene a resultar es que, si exige el pago de las expensas, no se le puede negar. Creemos que esto basta acerca de este punto, sin que esté demás recordar lo que dejamos dicho al tratar de la patria potestad acerca de los expósitos, y las leyes 5.ª, título 37, libro 7.º de la N., y la de 23 de febrero de 1822.

Otras leyes tratan ya, no de los alimentos prestados a los hijos abandonados, sino a los huérfanos; la 35, título 12, Partida 5.ª, dice: «Piedad mueve á las vegadas al ome, á rescebir algun huerfano desamparado en su casa, e darle por ende las cosas que le son menester, despendiendo de lo suyo en recabdarle sus cosas, mientra que lo tiene en su casa; e acaesce despues, que este quiere cobrar, lo que assi despendió, de los bienes del mozo: e dezimos, que lo non puede fazer. Ca, pues el se movio á criar el mozo, por razon de piedad, e de misericordia, entiendese, que lo fizo por aver gualardon de Dios: e por ende, non es tenudo el mozo de darle ninguna cosa, por el bien fecho que le fizo, nin por las dispensas que fizo en recabdando sus cosas; como quier que el, en todo tiempo de su vida, le deve fazer honrra, e bien, e reverencia, en todas las cosas que pudiere.»

Esta ley es una confirmación de la anteriormente examinada, pero que todavía lleva a más la idea de piedad, pues no sólo priva, al que ampara un huérfano y lo mantiene, del derecho de reclamar lo que ha invertido en alimentos, sino que le niega también la reclamación de lo que hubiere gastado en cuidar y conservar sus cosas. La ley 36 del mismo título supone que la madre o abuela, después de muerto el padre, tenga en su poder sus hijos y sus nietos, y otro administre o cuide de los bienes de los mismos, y en este supuesto determina que los hijos y nietos sean mantenidos, vestidos y calzados por la madre o abuela que los tenga en su poder, haciendo la distinción de que, si ellos tienen bienes de que vivir, deben reintegrar lo gastado en sus alimentos, pero no si fueren pobres, porque

entonces se supone que se los han suministrado por piedad; sin embargo, la ley, aun para el caso de que los alimentistas sean ricos, exige que sus madres o abuelas, si los han tenido en su poder sin haber antes manifestado que querían reintegrarse de las expensas, no pueden exigir el reintegro. La 37 del mismo título habla del padrastro que tiene en su casa al entenado o hijastro, suministrándole lo que se comprende en la idea de alimentos: determina la misma distinción, y con los mismos efectos, relativa a manifestar o no si los alimentos los suministra por piedad o con ánimo de recobrar lo en ellos invertido. Sigue luego declarando que «si el mozo fuese tan grande que se sirviesse del, magüer que faga afruentas, assi como sobre dicho es, non deve cobrar las despensas que fiziere en governarlo. Mas si fiziesse dispensas algunas, en recabdando sus cosas, atales que fuessen á pro del, tales despensas bien las puede cobrar». Concluye diciendo, y esto es lo que debe tomarse como más interesante en la generalización: «E lo que diximos en esta ley del padrastro, entiendese tambien de todos los otros omes, que governaren, o que pensaren de los mozos extraños, e que recabdaren sus cosas.» De todo esto se deduce, como regla general, y sin perjuicio de las pequeñas excepciones o modificaciones indicadas, que el suministrar alimentos, cuando a ello, el que los suministra, no puede ser obligado, toma siempre el carácter de donación gratuita y piadosa, de modo que tan sólo obliga al agradecimiento, y que, para salvar este supuesto y poderlo reclamar, es necesario protestar o manifestarlo así previamente.

La necesidad de alimentos, en concepto general, es perentoria, y en esta consideración se funda la ley 7.ª, tít. 19, Partida 4.ª, concebida en estos términos: «Razonandose alguno por fijo de otro, e demandando quel criasse, e proveyesse de lo que era menester, podria acaescer, que este atal, que negaria que non era su fijo, porque no lo criasse; ó por aventura dezirlo y á de verdad, que non seria su fijo. E por ende, quando tal dubda acaesciere, el Juez de aquel lugar, de su oficio, deve saber llanamente, e sin alongamiento,

non guardando la forma del juyzio que deve ser guardado en los otros pleytos, si es su fijo de aquel por cuyo se razona e non. E esto deve ser catado, por fama de los de aquel lugar, ó por qualquier manera otra que lo pueda saber, ó por la jura de aquel que se razona por su fijo. E si fallare por algunas señales, que es su fijo, deve mandar al otro, que lo crie, e lo provea. E magüer el Juez mande proveer á este atal, assi como sobre dicho es, salvo finca su derecho á qualquier de las partes, para provar si es su fijo, ó non.» Por el contexto literal de esta ley, parece que se reduce a conceder los alimentos provisionales o de interinidad tan sólo cuando se reclaman por título de filiación, y aquel contra quien se piden niega su paternidad; en tal caso se manda que el juez, breve y sumariamente, los otorgue, si encuentra motivo suficiente para presumir la razón en que se funda la ley. Mas como esto no sólo puede acontecer cuando se trata o se disputa de filiación, sino en otras y varias circunstancias, lo preceptuado debe conceptuarse general y extensivo a todos los conceptos en los que quepa razón de identidad. Así lo ha hecho la ley de Enjuiciamiento: el título 2.º de su segunda parte (1) está dedicado a la sustanciación del juicio de alimentos provisionales, y en el art. 1.210 declara que para decretarlos, a quien tenga derecho de exigirlos, se necesita: 1.º, que se pidan por escrito; 2.º, que se acredite cumplidamente el título en cuya virtud se pidan; 3.º, que se justifique aproximadamente el caudal del que deba darlos. Así lo manda la ley, y trabajo puede mandarse al que ha de concordar estas disposiciones con las máximas y doctrinas preceptuadas y admitidas en nuestra legislación y jurisprudencia; según ellas, los alimentos provisionales deben darse o concederse precisamente cuando exista duda acerca del derecho del que los reclama, si bien la duda se inclina en favor de la afirmativa. Esto es lo que clara y terminantemente se desprende del texto literal del concepto y verdadero espíritu de la ley de las Partidas últimamente citada. ¿Qué es, pues, lo que sig-

(1) Arts. 1.609 a 1.617 de la vigente.

nifica que para decretar los alimentos provisionales sea necesario que se acredite cumplidamente el título en cuya virtud se piden? Según las máximas y doctrinas preceptuadas por nuestra legislación y admitidas por nuestra jurisprudencia, los alimentos de ínterin o provisionales, como siempre se conceden bajo el supuesto, no de la existencia de un derecho perfecto, sino bajo la de su presunción, toman siempre el carácter de piadosos, es decir, de necesarios, mas no debidos por derecho perfecto; en tal concepto, tan sólo se conceden en lo puramente necesario, en lo indispensable para vivir; así es que nunca se busca relación con el caudal del que haya de darlos. ¿A qué viene, pues, en una ley de enjuiciamiento, determinar como necesaria precisamente esta circunstancia? Por no poder decir que sus autores o no han entendido o han tergiversado toda la doctrina, tenemos que confesar que nosotros no los entendemos. El Supremo Tribunal, en dos sentencias de 21 de junio y 6 de agosto de 1860, ha declarado que el conocimiento del juicio de alimentos provisionales, como de jurisdicción voluntaria, corresponde a los Juzgados de primera instancia del fuero ordinario, sin perjuicio de la competencia del Tribunal o juez a quien corresponda el conocimiento del juicio ordinario sobre alimentos. Antes de la ley de Enjuiciamiento, por regla general la cuestión de alimentos de ínterin o provisionales se ventilaba como un incidente previo en el juicio lato sobre alimentos, y siempre como cuestión, como contienda; mas ahora hemos determinado que sea de jurisdicción voluntaria, y también que esta fórmula jurídica signifique lo que nunca ha significado. El Supremo Tribunal, que tiene que cumplir las leyes, aunque no las encuentre muy conformes a la doctrina científica, indudablemente ha fallado conforme al precepto legal.

Para concluir lo concerniente al objeto de esta sección, tenemos siquiera que indicar, aunque ya se desprende de lo mismo que dejamos manifestado, que los alimentos se distinguen dividiéndolos en civiles y naturales: que los primeros son los que se deben por perfecto derecho, y

aunque siempre en concepto de ser necesarios, la necesidad se regula por las circunstancias sociales en que se encuentran las personas; los segundos son los que se deben tan sólo por piedad, y aunque el deber es perfecto, puesto que su cumplimiento se puede exigir, tan sólo se extiende a lo absolutamente necesario, a lo que la naturaleza exige como preciso para la vida del alimentista. Al tratar de los peculios hemos dicho que se relacionaban con los alimentos, y ya aparece clara la relación: si los hijos tienen bienes propios de que vivir, como no necesitan que los padres los alimenten, falta uno de los supuestos en que se funda la obligación, y, por consiguiente, deja de existir el correlativo derecho. Además de los alimentos civiles y naturales, en los conceptos expresados deben comprenderse en los primeros los que se constituyan por pacto o contrato, los consiguientes a derechos vinculares, viudedades y otras causas que por especialísimas salen de la esfera que se comprende en la materia general, porque deben ser tratadas en aquellas a que concretamente corresponden; sin embargo, todavía falta indicar algo acerca de un punto que verdaderamente debe comprenderse en lo general. El derecho a percibir alimentos, tratándose de los verdaderamente civiles y naturales, no puede renunciarse, o, por mejor decir, no se pierde por renuncia; pero tampoco existe respecto de lo pasado, es siempre de presente y de futuro, y la razón es muy sencilla, pues se funda en lo ya tantas veces repetido, en la necesidad; nada es ya necesario para la vida pasada; no cabe, por consiguiente, la idea de alimentos en pretérito; pero si la necesidad existe, como a este concepto es imposible aplicar la idea de renuncia, en manera alguna por ella puede extinguirse ni la obligación ni el derecho correlativo. Respecto de lo pasado, todavía puede hacerse una distinción, que consiste en reclamar lo necesario para pagar lo que de otros se haya recibido en verdadero concepto de alimentos; indudablemente, a ello estará obligado el que debía haberlo suministrado, y así se desprende de la generalidad de los textos que dejamos copiados, sin que creamos necesario volver a examinarlos

para justificar su concreta aplicación a este extremo. Por lo que hace a los alimentos debidos por convención, viudedad, derechos vinculares y aun algunas otras causas que pueden concurrir, aunque, según hemos dicho, deben comprenderse también en la calificación de civiles, no puede menos de reconocerse que su prestación y exigencia puede sujetarse a la convención, y que, por lo tanto, cabe acerca de ellos renuncia, transacción, lo mismo relativamente a lo pasado que á lo presente y futuro, y, en fin, todas las modificaciones que procedan de la voluntad de las partes; pero la razón es precisamente la misma por la que respecto de los demás hemos negado estas facultades, si bien sea tomada en sentido contrario: si en los unos no cabe renuncia porque la necesidad no depende de la voluntad, no tomándose en los otros la necesidad como supuesto constituyente del derecho, todo queda dependiente de la voluntad por la cual pueden modificarse lo mismo que extinguirse los derechos y obligaciones.

CAPÍTULO VI

DE LA CONCLUSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD (1)

Perpetuidad del vínculo natural y extinción de los legales. — Causas por las que, según el título 18 de la Partida 4.ª, cesa el poderío de los padres sobre los hijos.— Muerte natural. — Muerte civil. — Dignidad a que pasase el hijo. — Emancipación: voluntaria y legal. — Niños expósitos o abandonados. — Disposiciones del Fuero Juzgo, del Real y de las Partidas. — Emancipación por el matrimonio. — Examen de la ley 47 de Toro. — Modo de efectuarse la emancipación necesaria o legal. — Hijos ingratos. — Efectos de la cesación de la patria potestad. — La ley 8.ª, título 11, Fuero Real, y la contratación entre padres e hijos. — La contratación con referencia a la emancipación.— Extinción del usufructo a favor de los padres sobre el peculio adventicio, según las Partidas y la ley 48 de Toro. — Pérdida, por el padre, por dignidad del hijo, de la mitad del usufructo del peculio adventicio. — Relación de la patria potestad con todas las instituciones jurídicas.

El vínculo natural, las recíprocas obligaciones que no pueden menos de reconocerse existentes entre los padres y los hijos, la patria potestad de derecho natural o de derecho de gentes, como llamaban los romanos, únicamente por causas naturales puede disolverse, porque, bajo todos conceptos, y cualesquiera que sean las circunstancias, jamás podrán concurrir las necesarias para que justa y moralmente pueda considerarse el hijo exento del respeto, obediencia y sumisión que debe tributar a quien inmediatamente le ha dado el ser. Rayando en lo sublime, dice uno de nuestros grandes poetas: «Contra un padre no hay razón.» Mientras, pues, existan los relativos conceptos de padre e hijo, la justicia y la moral, en cuanto se refieren al derecho natural, exigirán el recíproco amor, el correlativo amparo, la sumisión y respeto del menor hacia el mayor. Mas pasando ya a lo concreto del derecho civil, forzoso es tam-

(1) Artículos 167 a 172 del Código.

bién reconocer que la misma determinación de esos mismos derechos y obligaciones, que por precisión ha tenido que establecer, produce la necesidad de determinar las causas por las cuales deben modificarse los preceptos jurídicos, hasta el punto de tenerse por extinguido legalmente aquello mismo que las leyes establecen. Jamás podrá suponerse que deje de existir en toda su fuerza y vigor el cuarto precepto del Decálogo: «Honrarás a tu padre y a tu madre»; pero siendo la patria potestad, en el terreno puramente humano, un poder establecido en consideración a razones que pueden dejar de existir, cuando verdaderamente concluyan por la cesación de la causa, deben cesar sus efectos, porque el poder, en cuanto pasa de lo razonable, degenera en tiranía.

Con estas ligeras indicaciones, conducentes a la fijación de los conceptos, podemos ya entrar desembarazadamente en el examen de los preceptos legales relativos a la materia, empezando por establecer el método, y optando por el que se encuentra seguido en el título 18 de la Partida 4.ª En su encabezamiento o preámbulo se dice: «Que las razones por las que tuelle el poderio que han los padres sobre los fijos son quatro. La una es, por muerte natural. La segunda es, por juyzio, que sea dado en razon de desterramiento para siempre; á que llaman en latin *mors civilis*. La tercera es, por dignidad á que pasasse el fijo. La quarta es, quando el padre sacasse su fijo de su poder, á plazer del, á que dizen en latin *emancipatio*. E de cada una de estas maneras diremos en su logar, segund conviene.» Pero por más perfectamente analítico que sea este método, se hace necesario advertir que en el lenguaje jurídico, y no sin propiedad filológica o gramatical, en la idea expresada con la palabra emancipación se comprenden, además de la razón de pura voluntad del padre, otras, por las cuales el hijo queda libre de la patria potestad, por manera que el último miembro de la división admite una verdadera subdivisión, por la cual se viene a parar en que la emancipación puede ser voluntaria o legal, y en este concepto forzosa. Con esta pequeña advertencia creemos perfeccionado el método, y, conduciéndonos por él, pasaremos a examinar cada una de

las cuatro causas, considerando lo que acerca de ellas se encuentra preceptuado en las dos que deben reputarse, como tantas veces hemos repetido, verdaderas fuentes de nuestro derecho, y son las legislaciones goda y romana, para venir a parar en lo que en la actualidad se encuentra vigente.

La verdadera muerte, la muerte natural, extingue con la persona todas las relaciones en que en lo humano puede encontrarse constituída; tiene, por consiguiente, que extinguir las de la patria potestad, porque, si quien muere es el padre, falta el sujeto, y, si es el hijo, el objeto. Todas las legislaciones concuerdan en esta idea; sin embargo, no puede prescindirse de la gran diferencia introducida por el derecho moderno respecto del antiguo, y para definirla nos servirá de guía la ley primera del citado título 18, Partida 4.ª, que dice así: «Por muerte natural se desfaze el poderio que ha el padre sobrel fijo: ca luego que muere el padre, finca el fijo por si. Pero esto se deve entender desta manera; si este que murio, era ya salido de poder de su padre. Ca si de su poder non fuesse salido, magüer el muriesse, fincarian los fijos en poder de su abuelo, bien assi como lo eran quando era bivo su padre. Mas si muriesse alguno que oviesse fijos, ó nietos, que estoviessen en su poder, luego quel es muerto, finca el su fijo en poder de si mismo, e los nietos del muerto tornanse en poder de su padre.»

Conforme esta disposición legal con todos sus precedentes del derecho romano, tenemos por inútil, y, por lo tanto, excusamos traerlos en su confirmación, pues todo se reduciría a aglomerar citas, que más bien que claridad producirían confusión en los conceptos. Por lo que hace al derecho godo, nos encontramos con tener que recordar lo que ya dejamos expuesto en el primer capítulo de este título. Allá, y examinando las leyes del Fuero Juzgo, fijamos el concepto de que, por la muerte del padre, los hijos recaían en la potestad materna, de la cual, sin embargo, salían por la edad; por manera que en este lugar creemos suficiente consignar la necesaria referencia, por no incurrir

en repeticiones; y como más adelante, y al ocuparnos de una de las causas de emancipación forzosa, hemos de vernos obligados a tratar del punto más concreto, cual es la variación resultante de que el matrimonio sea causa de la extinción de la patria potestad, para entonces nos reservamos la explicación de cómo ha venido a destruirse el concepto jurídico de que al morir el padre sus hijos sigan sujetos a la potestad del abuelo.

La muerte civil es la segunda de las causas de conclusión de la patria potestad, según el texto que hemos tomado del preámbulo del título 18 de la Partida 4.ª; a ella se refiere la ley 2.ª del mismo título, en la cual se considera la pena de trabajos forzosos, y para venir a parar en que, cuando se impone en concepto de perpetua, priva al hombre de la patria potestad. La razón puede dirigirse más a lo subjetivo que a lo objetivo: el hombre constituído en las circunstancias supuestas, no podía ejercer ninguna clase de derechos civiles; así es que en la misma ley, y como por vía de explanación, se indica que hasta le está vedada la testimentifacción activa. La ley 3.ª habla del relegado o desterrado, y ya distinguiendo declara que éste no pierde la patria potestad, así como tampoco ninguno de los demás derechos civiles. La 4.ª trata de los pregonados o encartados, y distingue que, si se les ha declarado incursos en el concepto de la ley 2.ª, pierden la patria potestad, pero no si la sentencia se refiere al concepto de la ley 3.ª; de modo que la verdadera doctrina que se desprende de estas disposiciones legales, se reduce a que los que han incurrido en delito, por el cual se les haya condenado a la pérdida de los derechos civiles en absoluto, deben considerarse privados de los derechos de patria potestad, y, conforme a la fórmula jurídica, muertos civilmente. En la actualidad, de lo que entonces se llamaba muerte civil, ni el nombre queda; sin embargo, no puede menos de existir la idea y causa fundamental, y en la nomenclatura moderna se expresa con la palabra interdicción; el que a ella es condenado, siempre como pena accesoria cuando tiene que sufrirla en absoluto, consiguientemente está imposibilitado de

ejercer la patria potestad, y a esto es a lo que puede reducirse todo lo que se halla establecido por las tres leyes citadas. La 5.ª del mismo título se reduce a establecer que la pena de deportación sólo podía imponerla el sumo imperante o sus vicarios, y la de relegación, los jueces que tuvieran jurisdicción contra los malhechores para poderlos castigar con la muerte o perdimiento de miembro. Esto en el día no tiene ninguna aplicación, y si lo consignamos es únicamente como indicación histórica.

La ley 6.ª del mismo título dice así: «Una manera de pecado que es llamado en latin *incestus* (que quier tanto dezir, como quando algund ome, que ha fijos de su muger legitima, e se le muriere, e despues que es muerta, casa con alguna su parienta fasta el quarto grado, á sabiendas, con quien non podria casar de derecho, ó con muger Religiosa) faze al padre que assi casa, perder el poder que ha sobre sus fijos, e salen por ende los fijos de poder de su padre.» Con toda claridad se establece por esta disposición legal la pérdida de la patria potestad que sobre sus hijos legítimos tiene el incestuoso, y si nada se dice respecto de los que pueden resultar del mismo incesto, es porque precisamente sobre ellos no se le concede ningún derecho y no puede concluir lo que nunca ha existido. Los comentaristas extienden el concepto de la ley a todos los demás casos de matrimonios prohibidos y penados, acudiendo, para encontrar fundamento, a la Novela 12, en su capítulo 1.º Lo cierto es que nuestra ley, verdaderamente española, tan sólo determina el caso del incesto, de modo que aun nos parece aventurado extenderlo al de herejía, aunque por ella indirectamente se vendría a parar al mismo resultado, conforme a la legislación de las Partidas, puesto que el hereje incurría en la pérdida de todos los derechos civiles.

La tercera de las causas por las que se extingue la patria potestad, hemos visto ser la dignidad a que asciende el hijo: seis son las leyes del citado título 18 dedicadas a definirlo, y en ellas se declaran los cargos o empleos que en el concepto general se comprenden. A doce se reducen,

y son: «1.º El de consejero del rey, ley 7.ª; 2.º El de procónsul, que quier tanto dezir como juez general de la corte del emperador ó del rey, que es escogido e enviado para mantener en fuero en derecho alguna provincia; 3.º El de prefecto pretorio, que quier tanto dezir como Adelantado mayor de la corte, que es puesto en logar del rey e que es mayor que todos los otros oficiales para judgar e librar en ella todos los pleitos del reino e las alzadas de los juezes de la corte que vinieren antel (ley 7.ª); 4.º El *Præfectus urbis,* que quier tanto dezir en romance como el mayor juez de la cibdad de Roma ó de otra cibdad qualquier que es cabeza del reino; 5.º El de prefecto de Oriente, que quier tanto dezir como adelantado mayor de toda la tierra de Oriente (ley 9.ª); 6.º *Quæstor*, que quier tanto dezir como home que ha de recabdar todos los pechos e las rentas del reino; non como arrendador, mas como oficial de la Corte del Rey, en que mucho se fia. E aun y ha otra Dignidad, á que llaman otrosi, *Quæstor;* que quier tanto dezir, como aquel que ha de leer delante del Emperador ó del Rey, las cartas de poridad que le embian, e las quel embia. E otrosi, el que ha de leer ante ellos, las leyes que fazen nuevamente, ante que sean publicadas (ley 10); 7.º Maestro de caballeria, que quier tanto dezir como home que es puesto por maestro de los caballeros del emperador ó del rey (ley 11); 8.º El de *patronus Fisci,* que tanto quier dezir tanto en romance como home que es puesto para razonar e defender en juyzio todas las cosas e los derechos que pertenescen a la camara del Rey; 9.º El de *princeps agentium in rebus,* que quier tanto dezir en romanze como mayordomo ó provehedor de la corte del emperador ó del rey ó de su compaña (ley 12); 10. *Magister sacri scrinii libellorum*, que quier tanto dezir en romance, como Chanceller. E este ha de tener en guarda los sellos del Emperador, ó del Rey, e las arcas de los escritos de la Chancelleria. E deve ver, e examinar, todas las cartas que vinieren á la Chacelleria, ante que las sellen; e las que entendieren que son derechureras, develas mandar sellar, e las otras chancellarlas (ley 13); 11. El de *Magister scrinii memoriæ Principis*, que quier tanto dezir, como

Notario del Emperador ó del Rey: que faze notar e registrar los privilegios, e las cartas que salen de la Corte; otrosi las que embian de otra parte, que manda el Rey registrar, por aver remembranza dellas si fuere menester; 12. El de obispo (ley 14). En esta misma ley se declara que de las doce preinsertas causas, tan sólo por cuatro de ellas, que son los cargos de consejero ó patricio, pro-consul, prefecto pretorio y obispo, se sale de la patria potestad tan solamente por la «esleccion recibiendo las letras de ella e consintiendo; magüer non use del oficio que pertenesce á aquella dignidad porque le esleyeron. Mas en las otras dignidades non seria assi si non usase primeramente del oficio que pertenesce á la dignidad por quel esleyeron»; es decir, que en las cuatro designadas basta el nombramiento consentido ó aceptado, y en las otras es necesario además lo que hoy llamaríamos tomar posesión.

Todo lo comprendido en estas seis leyes se encuentra en íntima relación con el derecho público administrativo de la época de D. Alonso, y vino a establecerse a imagen y semejanza del que puede llamarse Novísimo derecho romano. Por el antiguo había dignidad a que ascendiera el hijo que menoscabara el poder que al padre se concedía, y sin repugnancia ninguna se hubiera visto que a un cónsul, un pretor o un sacerdote lo hiciera castigar su padre por mano de sus siervos con sólo distinguir lo público de lo privado. Mas como la relajación en las costumbres necesariamente tenía que producir la modificación en los conceptos, paulatinamente se fueron introduciendo variaciones, hasta que Justiniano, por la Novela 81, vino a determinar la idea de que por la dignidad del hijo quedara libre del poder de su padre. Esta fué la que siguieron los autores de las Partidas, procurando fijar los verdaderos supuestos, conforme al estado que las cosas tenían en aquella época, y aun por eso la última de las leyes citadas concluye refiriéndose a las que se comprenden en la Partida 2.ª El trabajo más minucioso sería insuficiente para llegar a encontrar la concordancia, o siquiera analogía, en que la mayor parte de los cargos, empleos o dignidades expresa-

dos, con los que por el actual derecho público se encuentran establecidos; y siendo esto lo cierto, así como también que con posterioridad nada se ha legislado sobre la materia, lo único que puede hacerse, para encontrar los medios de aplicación, es acudir a los supuestos o conceptos que como generales se presentan. Las doce dignidades se enumeran como únicas taxativamente, y al considerarlas una por una, se ve que cualquiera de ellas, que la que aparezca menor, tiene que ser calificada de jefatura superior: fijándonos en la última, vemos que se concede la libertad de la patria potestad al obispo, mas no al sacerdote, ni aun al párroco; esto en el orden eclesiástico. En el militar, tan sólo al maestro de caballería, o sea caudillo de los caballeros; en lo judicial, al juez supremo, adelantado mayor, que es puesto en lugar del rey; en lo rentístico, al jefe superior de toda la recaudación; y lo mismo en cuanto al defensor de los derechos reales y al guardador de los sellos que sirven para la autenticidad. Puede, por lo tanto, decirse que en cada uno de los ramos de administración había tan sólo una persona que por su dignidad estuviera libre de la patria potestad. No intentamos sostener que la proposición sea absolutamente exacta, pero sí que se acerca mucho a esta condición, y, por consiguiente, que sin dificultad puede tomarse por punto de partida para las condiciones y resoluciones de aplicación que en el actual estado de las cosas puedan presentarse. Sin embargo que es preciso tener siempre presente la distinción de lo público y privado con el fin de que no se contradigan, las personas que por su cargo, empleo u oficio estén sujetas a la autoridad de otras, sus superiores, en todo aquello para lo cual necesiten considerarse libres de la patria potestad, lo estarán como no pueden menos de estarlo. Por ejemplo, un juez de primera instancia de Madrid no estará obligado a vivir en Barcelona porque su padre se lo mande, pero en lo que adquiera por peculio adventicio al padre corresponderá el usufructo.

Llegamos a la cuarta y última causa de extinción de la patria potestad, que es la emancipación. Ya hemos dicho

que puede dividirse en dos especies, llamando a la primera voluntaria, por tomar su razón de la voluntad del padre, y la otra, legal, por estar determinada expresamente en las leyes, para que se tenga por eficaz tan pronto como se verifique su razón de ser, de modo que obligue al padre aun contra su voluntad. La primera es la que se encuentra indicada en el preámbulo del citado título 18, y que podrá definirse diciendo ser un acto solemne, por el cual, conforme a la expresa voluntad del padre y consentimiento del hijo, concluye la patria potestad. Desde luego se nota que en lo concreto a este punto lo verdaderamente sustancial es de suyo fácil y sencillo, y, por consiguiente, que la dificultad se encuentra en la determinación del modo o medio de producir el efecto, y hasta tal punto es esto lo cierto, que las tres leyes del citado título 18, Partida 4.ª, que tratan y explanan la materia en su mayor y más extensa parte, a determinar el modo se dirigen. Para poder presentar su doctrina con claridad, nos parece muy conveniente acudir a sus antecedentes, tomados del derecho romano.

Ya tenemos consignado que por la antigua legislación y jurisprudencia romana, los hijos, respecto del padre, se consideraban *res mancipi,* y, como tales, dentro del dominio quiritario. Para su enajenación, por consiguiente, era preciso valerse de lo que se comprendía con la fórmula de rito de emancipación, y he aquí explicado por sí mismo el nombre del medio exigido de *emancipi*, emancipación: había necesidad, por lo tanto, de solemnizar el acto por medio de las tres ventas ante cinco testigos, el antestato, que era el que formulaba el interrogatorio, y el libripende o tenedor de la balanza, interviniendo, naturalmente, además, el padre como vendedor y el que compraba la libertad del hijo. Verificadas las tres ventas, como por la tercera ya dejaba de incurrir el hijo en el dominio del padre, quebaba libre, realizándose la emancipación. Llamaron a ésta antigua, porque el emperador Anastasio introdujo la novación de que pudieran ser emancipados los hijos por medio de un rescripto que se concedía a petición del padre, y siempre justificándose justa causa. A este medio se le llamó

emancipación anastasiana, y últimamente, creyéndolo Justiniano muy embarazoso, lo redujo a uno de los que se llamaban actos de jurisdicción voluntaria, que podía, por lo tanto, celebrarse ante cualquiera y cualquier día, ya interviniera en su tribunal, ya en su propia casa, y que en lo sustancial quedaba reducido a que se manifestara la voluntad del padre y el consentimiento del hijo, consignándolos en un acta para que pudiera justificarse siempre que fuera necesario.

La ley 15, título 18, Partida 4.ª, en su primera parte, establece el modo de emancipar a semejanza del establecido por Justiniano: «Ca deve venir el padre, con aquel fijo que quiere sacar de su poder, antel Juez que es dado para todos los pleytos, aque llaman en latin, *ordinarius*. E seyendo ambos delante del Juez, el padre, e el fijo, deve dezir el padre, como lo saca de su poder, e el fijo otorgarlo.» Mas después de establecido así, en concepto de regla general, y de que concurran al acto el padre y el hijo, siendo éste mayor de edad, en la ley siguiente 16 del mismo título se dice: «Emancipar queriendo el padre algund su fijo, que non estoviese delante, non lo puede fazer, á menos de pedir merced al Rey, que gelo otorgue. E si el Rey gelo otorgare, develo enviar á dezir por su carta, al Juez ordinario de aquel logar onde es el padre, como le otorgo poder de emancipar tal fijo, como sobredicho es; nombrandol en la carta señaladamente, e diziendo en ella, si es menor de siete años, ó si es á otra parte que non sea presente. E despues deve el padre venir ante aquel Juez, e mostralle aquella carta, en quel otorgo el Rey tal poder, como sobredicho es. E deve dezir, como quiere usar della; e estonce puedegelo emancipar, e valdra la emancipacion. Pero si este, á quien emancipasse non estando delante, fuesse mayor de siete años, ha menester, que quando viniere, que lo otorgue antel Juez.» Aquí se ve que para el caso excepcional de que o el hijo no concurriera al acto o de que fuera menor, los autores de las Partidas establecieron que la emancipación se solemnizara a semejanza de la anastasiana, sin que creamos necesaria sobre este punto mayor explicación.

Así las cosas hasta 1713, se publicó en 9 de diciembre la ley 4.ª, título 5.º, libro 10 de la N., que dice así: «De las emancipaciones que los padres hacen se sigue notorio perjuicio, pues siendolos permitido executarlas ante qualquier Juez ordinario, estos, sin examinar las causas, ni reparar en los daños y malas conseqüencias que de tales actos se siguen á la utilidad y bien público del Estado, pasan libremente á executarlas; y una vez hechas comunmente los padres les hacen donacion de todos ó la mayor parte de sus bienes, de que resulta que, por la mala educacion, muchos de ellos no suelen despues cuidar del socorro de los padres, y totalmente se niega a los hermanos, habiendo sido estos defraudados asi en la emancipacion como en la donacion: y atenta la notoriedad del daño que se sigue en las expresadas emancipaciones, me consultó el Consejo, en vista de lo que habia pedido el Fiscal, fuese servido mandar á las Justicias ordinarias, no declaren ni puedan declarar estas emancipaciones, sin que primero den cuenta al Consejo con los instrumentos de la justificacion y causas de ellas, con expresion de que, sin esta primera circunstancia, se daran desde luego por nulas quantas hicieren; y conformandome con el parecer del Consejo, he venido en que se execute.» En esta ley claramente se reconocen los inconvenientes del sistema de Justiniano, y se retrocede hacia el de Anastasio, que es el que definitivamente ha llegado a determinarse, puesto que la emancipación está comprendida en el art. 1.º de la ley de 14 de abril de 1838, como la primera de las llamadas gracias al sacar. Excusamos en este lugar la disposición de toda la ritualidad que debe observarse en la materia, porque, con motivo de aplicarla a la legitimación por gracia real, la tenemos explicada, conforme a todas las disposiciones legales, en este mismo título y en el capítulo correspondiente; en él podrán verse todas las leyes posteriores a la última copiada, hasta la de Enjuiciamiento, que viene a ser la última. Obtenida la real gracia, deberá otorgarse una escritura, en la cual el padre y el hijo, ya como personas entre las cuales cabe convención, determinen las condiciones con las

que contratan lo concerniente a sus bienes y derechos actuales y futuros.

La emancipación legal, como del mismo concepto se desprende, es la que se produce por determinación expresa de la ley. En la 17 del citado título 18 se consigna el principio de que ni el padre puede ser obligado a emancipar, ni tampoco el hijo a ser emancipado, y la razón es muy natural. En la institución de la patria potestad se comprenden derechos mutuos y relativos: a nadie, contra su voluntad, y aun, lo que es más, sin su consentimiento, como no sea por pena, no se puede privar de lo suyo; mas como nada en lo humano puede ser absoluto, a seguida vienen los casos de excepción; y en la ley 18 dicen los autores de las Partidas: «Fallamos quatro razones, porque pueden constrenir al padre, que saque de su poder á su fijo; como quier que diximos en las leyes ante desta, que lo non podrian apremiar que lo fiziesse. La primera es, quandol padre castiga el fijo muy cruelmente, e sin aquella piedad quel deve aver segund natura. Ca el castigamiento deve ser con mesura, e con piedad. La segunda es, si el padre fiziesse tan grand maldad, que diesse carreras á sus fijas de ser malas mugeres de sus cuerpos, apremiandolas que fiziessen á tan gran pecado. La tercera es si un ome mandasse á otro en su testamento alguna cosa, so tal condicion, que emancipase por ende a sus fijos. Ca si rescibiesse lo quel fuesse mandado desta guisa, tenudo es de los emancipar; e si non quisiere, puedenlo apremiar que lo faga. La quarta es, si alguno porfijasse su antenado que fuesse menor de catorze años. Ca si este atal, desque passare por esta edad, se fallare mal de su padrastro, por quel desgaste lo suyo, ó en otra manera qualquier, develo mostrar al Juez; e si fallare el Juez que assi es, develo apremiar que lo emancipe.» Todo lo que en esta ley se establece, y que tiene sus precedentes en el derecho romano, aparece tan claro y terminante, que no creemos necesite comentarios ni explicaciones de ningún género. Sin embargo, para concordar las ideas, reduciendo los efectos al menor número posible de causas, no estará de más advertir que tanto la razón de

delincuencia en el padre, como la de dignidad en el hijo, pueden también refundirse en el general concepto de emancipación legal, y que, a todas las diferentes especies que ya dejamos consignadas, hay que añadir, según exponen algunos autores, la de profesión religiosa, porque, si se refiere al padre, por ella pierde todos los derechos civiles, y si se refiere al hijo, como que queda constituído en absoluta dependencia de sus superiores, no cabe admitir que esté sujeto a ningún otro poder. Lo que resulta conforme al derecho público de la pérdida de nacionalidad, pues el que deja de ser español, conforme al párrafo 4.° del art. 1.° de la Constitución, ningún derecho personal que a los naturales conceden las leyes españolas puede ejercitar. Asimismo conviene recordar lo que ya dejamos dicho acerca de la adopción simple y plena, y también que, refiriéndose la patria potestad al ejercicio de derechos y atribuciones, necesariamente se encuentra imposibilitado al efecto el declararle incapaz judicialmente, y también el ausente, y cuyo paradero se ignora, con lo que viene a rozarse la materia de abandono o exposición de los hijos.

Ya al tratar de la legitimación, de la adopción y de los alimentos, expusimos lo que las leyes determinaban sobre estas materias respecto de los niños expósitos o abandonados, indicando que tendríamos que volver a ocuparnos nuevamente en su examen al tratar de la patria potestad, y en particular de la emancipación, porque en ellas naturalmente se encuentran mezcladas las disposiciones referentes a estos distintos asuntos. Ya también en diferentes pasajes dejamos consignado la odiosidad con que siempre se ha mirado el abandono de los hijos, que el jurisconsulto Paulo equiparaba a la muerte. Con estos antecedentes, por lo tanto, vamos a ocuparnos de la materia en lo que se refiere a la que estamos examinando.

La ley 1.ª, título 4.°, libro 4.° del Fuero Juzgo, dice así: «Si algun omne tomar el ninno ó la ninna echada, e lo criar, e los padres le conocieren despues: si los padres son omnes libres, den un siervo por el fiio ó el precio. E si lo non quisieren fazer, el juez de la tierra los deve fazer rede-

mir el fiio que echaron; e los padres deven seer echados por siempre de la tierra. E si non ovieren de que lo puedan redemir, aquel que lo echo sea siervo por él. Y este pecado ó quier que sea fecho en toda la tierra, el juez lo deve acusar e penar.» Es cierto que en esta ley no se ve explícito y claro el precepto de que por el abandono del padre el hijo salga de la patria potestad, pero nada tiene esto de extraño, considerando que en el Fuero Juzgo puede decirse que el poder de los padres no se encuentra establecido, aunque sí reconocido, y de ejemplo puede servir la ley 1.ª del título 5.º del mismo libro, en la cual se declara «que el padre non puede desheredar los fiios ni los nietos por lieve culpa, mas puedelos ferir e castigar mientre que son en su poder». Pero si en la ley copiada no se determina explícitamente la emancipación, tampoco puede dejarse de reconocer que implícitamente se comprende, si bien con una notable distinción. El padre que abandona a su hijo, si después lo reconoce, puede redimirlo, dando al que lo recogió un siervo o la justa estimación. Mas si a esto se negare, además de la obligación de redimir, incurre en la pena de destierro perpetuo, y si no tiene con que poder hacer la redención, debe verificarla con su persona, constituyéndose en esclavitud. Admirablemente se encuentran comprendidas en esta disposición legal todas las doctrinas y máximas que después han venido a desarrollarse por las posteriores. El mero hecho de abandonar un hijo, como que puede ser involuntario o por necesidad, no se considera punible, aunque sí obliga al resarcimiento de los perjuicios ocasionados al que recoge o ampara al expósito; y estos perjuicios son los que tasa la ley, ordenando que se le dé un siervo o el precio. Mas tan pronto como el abandono tiene que calificarse de voluntario y el padre se niega a redimirlo, incurre en pena, que por su misma naturaleza le priva de poder sobre el hijo.

Las leyes del Fuero Real, en perfecta concordancia con la del Juzgo, vienen a determinar los mismos conceptos y supuestos; la 1.ª, título 23, libro 4.º, dice así: «Si algun niño, ó otro de mayor edad fuere desechado por su padre, ó

por otro, sabiendolo él, e consintiendolo su padre, no haya mas poder en él, ni en sus bienes, ni en vida, ni en muerte: y esto mesmo sea de madre, ó de otro qualquier que lo habie en poder.» Aquí ya se nota clara y terminante la emancipación legal por causa del abandono, y, lo que es más, la potestad materna, que, como en el primer capítulo de este título hemos dicho, se ve reconocida en toda nuestra verdadera legislación, o sea de origen gótico. En la ley 2.ª del mismo título se declara que «quando algun niño fuese desechado, quier sea libre, quier siervo, sin sabiduria de padre, ó de otro que lo habie de tener en poder, ó del señor, no pierda ninguno dellos el derecho que en él habie, ó en sus bienes, si jurare que lo no supo; pero quando lo demandare á aquel que lo cria, dele las costas que fizo en lo criar, fasta diez años, ó dende ayuso, e de quanto le tuvo: e si lo mas tuvo de diez años, no sea tenudo dele dar las costas de alli en adelante, por el servicio que del rescibió: y estas cosas sean pagadas á bien vista del Alcalde». Combinando esta ley con su anterior, se encuentra ya completamente perfeccionado el concepto, pues resulta patente la diferencia entre el abandono voluntario y sin ninguna razón que lo justifique, y el que viene a producirse por ignorancia o por necesidad. El primero, y según la ley 1.ª, se castiga con la pérdida de la patria potestad; por el segundo, y según la ley 2.ª, el padre no la pierde. El que incurre en el primero, debe abonar al que ampara al abandonado las expensas que invirtió en alimentarlo y criarlo, sin distinción por la edad; el que incurre en el segundo, también tiene que abonar las expensas en el mismo concepto, mas tan sólo hasta los diez años, por suponerse que desde esa edad en adelante ya el hombre por sí puede ganar lo necesario para sostenerse, de lo que viene a resultar que en el primer supuesto hasta el abono de expensas toma un carácter penal, y en manera alguna en el segundo. La 3.ª y última ley del título ordena que «Todo home que desechare niño alguno, e no hobiere quien lo tome para criar, e muriere, el que lo echa muera por ello: ca pues que el fizo cosa porque muriese, tanto es como si lo matase».

Los mismos conceptos y la misma doctrina se encuentran consignados en las leyes de las Partidas. Por la 3.ª del título 20 de la 4.ª terminantemente se declara que por amparar o recoger a un niño abandonado no se adquiere ni sobre él ni sobre sus bienes «ningun derecho nin ninguna servidumbre fueras ende que debe honrar al que lo crio en todas las cosas e haverle reverencia vien assi como si fuesse su padre». Y la ley 4.ª del mismo título dice: «Vergüenza, ó cruelera, ó maldad, mueve desamparar los fijos pequeños, echandolos a las puertas de las Eglesias, e de los Ospitales, e de los otros lugares: e despues que los han assi desamparados, los omes buenos, ó las buenas mugeres, que los fallan, muevense por piedad, ó llevanlos dende, e crianlos, e danlos a quien los crie. E por ende dezimos, que si el padre, ó la madre, demandare á tal fijo ó fija, despues que lo á echado, e lo quier tornar en su poder, que lo non pueda fazer. Ca por tal razon como esta pierde el poderio que avia sobrel, fueras ende, si otro alguno lo echase sin su mandado, e sin su sabiduria. Ca si los demandassen luego que lo supiessen, dezimos que gelos deven dar.»

En entera conformidad también con estos mismos principios se encuentra la legislación recopilada, y en la ley 5.ª, título 37, libro 7.° de la N., se dice literalmente: «Capítulo 25: Se observara y cumplira puntualmente lo dispuesto por la ley de Partida, y otras canonicas y civiles, en quanto á que los padres pierdan la patria potestad, y todos los derechos que tenian sobre los hijos por el hecho de exponerlos: y no tendran accion para reclamarlos, ni pedir en tiempo alguno que se les entreguen, ni se les han de entregar, aunque se ofrezcan á pagar los gastos que hayan hecho, bien que si manifestaren ante la Justicia Real de qualquier pueblo ser algun exposito hijo suyo, se recibira justificacion judicial por la misma Justicia con citacion del Procurador Sindico del Ayuntamiento, o del Fiscal que hubiere ó se nombrare de la Real Justicia; y resultando bien probada la filiacion legitima ó natural, se dara con el auto declaratorio al economo del partido, para que la

envie al administrador de la casa general: pero esto ha de ser por lo que pueda resultar favorable al exposito en lo sucesivo, y no para que haya de entregarse á los padres, ni estos adquieran sobre el accion alguna, aunque los padres han de quedar y quedan siempre sujetos á las obligaciones naturales y civiles para con el exposito, de que no pudieron libertarse por el hecho criminoso y execrable de haberlo expuesto.» «26: De la regla contenida en el capitulo precedente se exceptua el caso de haber expuesto el hijo por extrema necesidad, la qual puede verificarse por varias causas; y haciendo constar ante la Real Justicia, con la citacion expresada, haber sido el motivo de la exposicion del hijo alguna necesidad extrema, declarandose asi por sentencia, podran reclamarlo, y debera entregarseles, resarciendo ó no los gastos hechos segun las circunstancias de cada caso, sobre lo que determinara la Justicia Real como fuere correspondiente.» Por último, en la ley decretada por las Cortes en 27 de diciembre de 1821 y sancionada en 23 de enero de 1822, particularmente en sus artículos 63 al 71, empezándose por declarar que los individuos de ambos sexos que se críen en las casas de maternidad, aun aquellos cuya crianza y educación fuere costeada por personas particulares, estarán bajo la tutela y curaduría de las Juntas municipales de Beneficencia, con arreglo a las leyes, en cuya disposición se comprende implícitamente la exención de la patria potestad, se establecen las condiciones, solemnidades y precauciones que deben observarse para la devolución de los expósitos a sus padres. Esta ley fué restablecida por el Real decreto de 8 de septiembre de 1836, y conviene advertir que al consignar la referencia se equivoca la fecha, diciéndose ser la de 6 de febrero de 1822.

Llegamos a la emancipación legal, que entre todas merece más particular atención, y que por eso mismo hemos reservado para la última: es la que produce el matrimonio, y aunque parece que al sentar esta proposición se incurre en una a manera de contradicción, porque hemos enumerado entre los modos de adquirir la patria potestad las jus-

tas nupcias, o sea el mismo legítimo matrimonio, de lo que viene a resultar que una misma causa produce el efecto afirmativo y negativo, nada hay, sin embargo, más exacto, hasta el punto de que si lo era por el derecho romano y por las leyes de las Partidas, lo es mucho más por nuestro verdadero Derecho real o legislación puramente española. Cuando, con referencia al derecho romano y al de las Partidas, se decía que uno de los modos de adquirir la patria potestad era el legítimo matrimonio o justas nupcias, inmediatamente se incurría en la necesidad de explicar la proposición para determinarla, porque, de lo contrario, podía ser impugnada hasta con la nota de falsedad, en razón a que el que teniendo padre se casaba, no sólo no adquiría la patria potestad, sino que constituía bajo la de su padre a todos los descendientes que por las líneas de rigurosa agnación procedieran del matrimonio contraído. La ley 47 de Toro, que forma la primera parte de la 3.ª, título 5.º, libro 10, de la N., modificando el supuesto, vino a hacer que la proposición fuera exactamente verdadera, de modo que ya en nada ni bajo ningún concepto admite impugnación; viniéndose a parar, por último resultado, en que lejos de ser contradictorias las proposiciones de que por el matrimonio se adquiere la patria potestad y de que por el matrimonio se pierde, sin más que decir que en la primera el concepto se refiere al sujeto y en la segunda al objeto, vienen a concordarse, siendo las dos completamente exactas. Dice la citada ley: «El fijo ó fija casado e velado sea havido por emancipado en todas las cosas para siempre.» Si, pues, el hombre al casarse sale de la patria potestad, ya no pueden quedar sujetos á la de su padre los hijos que procree, y, por consiguiente, por el patrimonio adquirirá la misma patria potestad, aunque sí sólo sobre sus hijos de ambos sexos. Respecto de las hijas, la ley les concede también el mismo beneficio de la emancipación, sin que esto contradiga los derechos del marido, que se comprenden en la fórmula de poder marital, y sin que creamos detenernos más sobre este punto para poder ya entrar desembarazadamente en el concreto examen de la citada disposición legal.

La ley 47 de Toro tuvo, como todas ellas, una razón de necesidad. Existía, por una parte, la legislación de las Partidas: conforme a ella, el hijo, al casarse, no salía de la patria potestad; por otra, se iba generalizando el concepto contrario, como aparece en algunos fueros especiales, y terminantemente en la ley 8.ª, título 11, libro primero del Real, que dice así: «Si padre ó madre tubieren fijo, ó fija en su poder, si le ficiere facer Pleyto alguno de deuda, ó de conocencia, o de otra cosa qualquier, tal Pleyto no vala; magüer los hijos sean de edad cumplida: mas despues que los fijos salieren de su poder del padre, ó de la madre, ó estando con ellos fueren casados, y tubieren su casa de partida, e recauden sus cosas por si, si hobieren edad de veinte y cinco años, e ficieren Pleyto con su padre, ó con su madre, ó con uno dellos, tal Pleyto vala. Y esto vala en los fijos varones: ca Pleyto que haga fija por casar, quier sea en cabello, quier viuda si ficiere el Pleyto con el padre, ó con la madre, ó con el uno dellos, no vala: magüer que haya veinte y cinco años: e si fuere casada, e otorgare el marido, el Pleyto que ficiere vala». Imposible era concordar con las disposiciones de esta ley el rigorismo de la doctrina romana traducida a las leyes de Partidas, y a evitar el conflicto vino la ley de Toro, optando por abolir el principio romano, estableciendo que el matrimonio fuera justa causa de emancipación, con lo que ya no podía existir el antagonismo considerado, en razón a que se destruía uno de los supuestos de la contradicción.

Dentro ya del texto legal, lo primero que llama la atención es que en él se exige, para que la emancipación se produzca, que el fijo o fija sea casado e velado; es decir, que además del matrimonio se verifiquen las velaciones. Mucho ha dado que pensar y que discutir esta exigencia. Fácil nos sería, sin más que acudir a lo que los comentaristas de las leyes de Toro exponen sobre este punto, amontonar razones y argumentos, ya en pro, ya en contra, de ser absolutamente necesaria la velación para producir los efectos a que se dirige la ley; pero con todo ello no se conseguiría más que un alarde de erudición, y preferimos consignar

nuestra opinión del modo más breve y compendioso que nos sea posible. Patentes, por todos, sin disputa, han sido reconocidos los gravísimos inconvenientes de los matrimonios clandestinos: los legisladores de Toro comprendieron que, al determinar que el casamiento fuera causa legal de emancipación, podían establecer una fuerte excitación a que los matrimonios se solemnizaran públicamente, y como esto se consiguió por medio de las velaciones, tan sólo concedieron el beneficio a los que después de casados se velaban. Reconocían la legitimidad, la fuerza de los matrimonios clandestinos dentro del derecho civil y canónico: no querían ni podían contrariarlas, pero sí podían y quisieron valerse de cuantos medios estaban al alcance de su mano, para evitar lo que civil y conónicamente se reconocía, rodeado de inconvenientes; en la ley 47 emplearon los indirectos; en la 49, los coercitivos y hasta penales; obraron, por consiguiente, con suma cordura y profunda razón, atendiendo al estado que tenían las cosas en la época en que legislaban, y nótese que la promulgación de las leyes de Toro se hizo en 1505. Pero con posterioridad se celebró el Concilio de Trento, que por la Real cédula de 12 de julio de 1564, ley 13, título 1.°, libro 1.° de la N., se mandó publicar, cumplir y guardar en todos los reinos que componían la monarquía de España, y ya en él, como en su lugar más latamente hemos consignado, quedó abolida la doctrina por la cual se reconocían válidos los matrimonios clandestinos, estableciéndose que sólo lo sean los celebrados ante el párroco y dos testigos, en lo que viene a consistir el requisito necesario para suponer la publicidad. Resulta, pues, que desde el Concilio de Trento ya no puede decirse que haya matrimonios clandestinos, porque estando declarados nulos o írritos aquellos en los que falte la presencia del párroco y dos testigos, y públicos aquellos que se celebren conforme a la misma disposición, ya es forzoso reconocer que tan sólo existe matrimonio cuando es público. Ha concluído, por consiguiente, la razón de la exigencia, el objeto y fin de la disposición legal en esta parte; por concluído debe tenerse,

por lo tanto, el precepto legal, al cual, una vez negada su razón, tendría que calificarse de tiránico por innecesario. Así lo considera el Sr. Llamas y Molina en sus comentarios a la citada ley, concluyendo con decir que desde la publicación del Concilio de Trento, por el matrimonio celebrado conforme en el mismo se determina, el hijo sale de la patria potestad, sin que para ello sea necesaria la solemnidad de la velación. Así también llegó a reconocerlo el Sr. Escriche en el artículo de la emancipación, a pesar de haber pensado y consignado lo contrario en el de la bendición nupcial.

También se ha disputado sobre la significación de las palabras «en todas las cosas para siempre». Tenemos muy luego que ocuparnos de los efectos que, tanto respecto de las personas como de las cosas, produce la emancipación. Pero ya que del examen del texto legal tratamos, creemos oportuno determinar estos conceptos, aunque no sea más que para seguir con mayor desembarazo la misma exposición de la doctrina. «En todas las cosas» claramente significa que la emancipación se refiere a todos los respectivos derechos y obligaciones que se refunden en la idea de patria potestad, sin excepción alguna y de un modo que deba considerarse absoluto. Las palabras «para siempre» expresan el mismo concepto con referencia a tiempo, y tanto más se hacía necesario este modo de expresión, cuanto que, de no usarlo, del contexto gramatical podían haber surgido dudas y controversias que era muy conveniente evitar y precaver. La ley dice «que sea emancipado el fijo ó fija casado e velado»; si, pues, no añadiera «para siempre», podría haberse dudado si al quedar viudo recaía en la patria potestad, porque, indudablemente, en favor de la afirmativa existiría la negación del supuesto. Duda o cuestión que por completo se evita con el complemento que al texto legal dan sus últimas palabras.

Hemos visto cómo debe verificarse o solemnizarse el acto de la emancipación voluntaria: tenemos del mismo modo que examinar el modo de efectuarse la necesaria o legal. Todo lo referente a este punto puede comprenderse en

una distinción. La emancipación necesaria o legal se realiza *ipso facto* o por sentencia, o tan sólo por el mismo hecho que la produce o por la declaración definitiva de la causa que, existiendo, impide o contradice el ejercicio de la patria potestad. *Ipso facto* resultará la emancipación por la dignidad del hijo, si bien haya que distinguir, como ya lo hemos visto al examinar las leyes de Partidas, que respecto de las unas basta el nombramiento consentido, y de las otras es necesaria la toma de posesión, y también de este mismo modo, o por el mero hecho, se verificará la emancipación cuando tome causa del matrimonio. Para las demás emancipaciones legales, y en tal concepto necesarias, es preciso que venga a declararse en un juicio la existencia de la causa; de modo que con toda exactitud puede decirse que aquéllas son directa y fundamentalmente legales, y éstas tan sólo consecuenciales: que en aquéllas inmediatamente del hecho resulta por la ley la emancipación, y en éstas mediante la declaración o sentencia judicial; de lo que viene a resultar que no pueda negarse absolutamente la razón a los que dicen que tanto deben de tenerse por causas de emancipación legal la dignidad y el matrimonio.

Réstanos todavía, antes de pasar a considerar los efectos de la emancipación, examinar la ley 19 y última del título 18, Partida 4.ª, que dice así: «*Ingrati* son llamados, los que non agradescen el bien fecho, que les fazen; que quier tanto dezir en romance, como desconocientes. E atales y ha, que en logar de servir aquellos de quien le resciben, e de gelo agradecer, yerran malamente contra ellos, faziendoles muchos deservicios, de palabra, e de fecho. E esto, es una de las grandes maldades que ome puede fazer. E por ende, si el fijo que fuesse emancipado, fiziesse tal yerro como este contra su padre, deshonrandolo malamente, de palabras, ó de fecho, deve ser tornado por ende en su poder». Por la misma explicación que en la ley se da a la palabra *ingrati* o a la idea que en ella se comprende, se viene a parar en la forzosa consecuencia de que lo en ella establecido tan sólo hace referencia a la emancipación volun-

taria, de modo que si el hijo ha salido de la patria potestad por cualquiera de las causas necesarias o legales, aunque proceda injustamente contra su padre, y aunque llegue a merecer el connotado de ingrato, como la ingratitud no tendrá referencia al beneficio de la emancipación, puesto que no se puede corresponder ni bien ni mal a aquello que no se ha recibido, en manera alguna podrá contrariarse la causa ni los efectos de la emancipación por un hecho o motivo que con ella no tenga relación.

Llegamos ya a tener que ocuparnos de los efectos de la patria potestad, y fácilmente pueden comprenderse en una fórmula general, deducida de uno de los principios universalmente reconocidos: quitada la causa, se quitan los efectos. Todo lo que procede o se funda en la patria potestad concluye con ella; mas para ir particularizando esta idea general, conviene distinguir los mismos efectos, en cuanto unos se refieren a las personas y otros a las cosas, pues de este mismo modo los hemos considerado al tratar de la patria potestad.

Todo lo referente a las personas se refunde en el concepto de que el padre y el hijo eran considerados como una sola en cuanto se refería a las relaciones privadas y familiares: el padre es el jefe; el hijo, su subordinado o súbdito; no existe entre ellos igualdad: el uno manda, el otro obedece; no puede, por lo tanto, admitirse entre los dos convención válida; mas tan pronto como el supuesto concluye, naturalmente cesan las consecuencias, convirtiéndose todo lo afirmativo en negativo, y al contrario. Concluída la jefatura, se establece la igualdad; negada la causa que impedía la convención, resulta posibilidad y eficacia. La ley 8.ª, título 11, libro 1.º del Fuero Real, dice así: «Si padre ó madre tuviesen fijo ó fija en su poder, si le ficiese facer Pleyto alguno de deuda, ó de conocencia, ó de otra cosa qualquier, tal Pleyto no vala; magüer los hijos sean de edad cumplida: mas despues que los fijos salieren de su poder del padre, ó de la madre, ó estando con ellos fuesen casados, y tubiesen su casa de partida, e recauden sus cosas por sí, si hobieren edad de veinte y cinco años, e

ficiesen Pleyto con su padre, ó con su madre, ó con uno dellos, tal Pleyto vala. Y esto vala en los fijos varones: ca Pleyto que haga fija por casar, quier sea en cabello, quier viuda, si ficiese el Pleyto con el padre, ó con la madre, ó con el uno dellos, no vala; magüer que haya veinte y cinco años: e si fuere casada e otorgase el marido, el Pleyto que ficiere, vala.»

En esta disposición legal terminantemente se supone el concepto de la patria potestad para determinar los efectos de su cesación; claramente se ve por ella determinado que, mientras el hijo o la hija estén bajo el poder paterno, no pueden verificar con él convención que sea válida, extendiéndose el precepto a la madre; de modo que claramente se manifiesta el poder materno, que, como ya hemos dicho repetidas veces, resalta en toda la legislación de origen godo. Establecida la doctrina respecto del hijo e hija, viene ya la ley distinguiendo entre ambos sexos, y terminantemente declara que los hijos, después que saliesen del poder del padre o de la madre, puedan contratar, o con los dos a la vez o con cada uno de ellos, válidamente. Al consignar esta determinación, interpone el supuesto del casamiento, y distinguiéndole del general de emancipación, declara, sin embargo, que cuando los hijos fuesen casados, y vivieren separadamente de sus padres, y recauden sus cosas por sí, puedan válidamente contratar con los dos o con cada uno de ellos. Respecto de las hijas, ya deja de suponer la ley el concepto general de emancipación, declarando que mientras esté por casar, bien sea doncella o viuda, y aunque tenga veinticinco años, no pueda contratar ni con su padre ni con su madre; mas que si está casada, pueda hacerlo eficazmente si el marido lo consiente. Tenemos, por lo tanto, en esta ley definidos los efectos de la existencia de la patria potestad, a la par que los que produce su extinción en los hijos de ambos sexos; siendo muy de notar la diferencia del uno al otro, pues respecto de las hembras tan sólo se les concede la convención con sus padres, bajo el supuesto de estar casadas y consentir en ello su marido. Por lo que hace a los hijos,

ya no se distingue el estado de casados del de viudez, y aquí tenemos que retrotraernos al examen de la ley 47 de Toro, para poder determinar con mayor exactitud su motivo y su significación. Por la del Fuero, para que los hijos varones pudieran contratar con sus padres, era necesario o que estuvieran emancipados o casados, teniendo casa separada y administrando sus cosas por sí; conforme á la ley de Toro, ya no es necesaria ni la separación de casa ni la propia administración, pues por el casamiento se produce la completa emancipación en todas las cosas. Por la ley del Fuero, la hija viuda no podía contratar con sus padres; por la 47 de Toro sí, porque la hija, casándose, queda emancipada para siempre, sin que esto obste ni se oponga al supuesto de que mientras esté casada no pueda contratar con sus padres ni con ninguno otro sin permiso de su marido; y véase confirmado lo que ya dejamos dicho respecto de que las palabras «para siempre» con que concluye la ley de Toro son conducentes a evitar la duda de si por concluir el matrimonio concluían en todo o en parte los efectos de la emancipación que por el mismo se producen. Otro extremo queda todavía por examinar dentro de la disposición del Fuero. Para conceder a los hijos casados la facultad de contratar con sus padres, exige que tengan casa separada y recauden sus cosas por sí, añadiendo en seguida «si hoviesen edad de veinte y cinco años». Como la ley viene distinguiendo el concepto general de emancipación del especial que se funda en el casamiento, surge la duda de si la condición de mayor edad se refiere a los dos supuestos, o tan sólo al segundo: a primera vista parece que a los dos, sin que deje de llamar la atención la circunstancia especial que resulta del lugar en que se encuentra consignada, pues se ve que lo está precisamente en la parte relativa a lo establecido sobre los efectos del casamiento. Parece que, una vez exigida la mayor edad, con la misma razón debe alcanzar la exigencia al que, sin ser casado, se encuentra fuera de la patria potestad, que al que, por haber contraído matrimonio, se le permite contratar con sus padres; pero no es esto lo exacto, y sí que

la ley expresa la idea y consigna la exigencia en donde la debe de expresar y consignar, y, por lo mismo, refiriéndola únicamente al hijo casado. El que, por cualquiera de las causas de emancipación, haya salido de la patria potestad, libre ya del vínculo que lo ligaba, si es mayor de edad, en razón alguna puede considerarse impedido para contratar lo mismo con sus padres que con cualesquiera otras personas, pues, concluída la causa, se concluyen los efectos; y si es menor de edad, ni con sus padres ni con ninguno otro podrá obligarse válidamente por convención, si en ella no intervinieren sus guardadores. No necesitaba la ley, por lo tanto, referir el supuesto de la edad a la extinción de la patria potestad, o a la emancipación en términos generales, y por eso lo refiere a la causa especial del matrimonio, consignándolo en donde debe consignarlo. Pero si bien esto es lo cierto, de lo mismo se deduce que, conforme a la ley del Fuero, sólo se extinguían por el casamiento los efectos de la patria potestad cuando el hijo casado tuviera cumplidos los veinticinco años; y la razón es muy fundamental: el menor que haya salido de la patria potestad tiene que estar constituído en tutela o curatela; tiene, por consiguiente, otra persona de conciencia y experiencia que lo dirija, proteja y ampare cuando trate de negociar obligándose; mas como por casarse no se constituye el hombre en tutela ni curatela, el casado, mientras esté en la menor edad, ni tiene ni se le concede discernimiento suficiente para obligarse, ni persona que supla el que le falte; por manera que la ley, con perfecta razón y alta filosofía, distingue y determina todos los conceptos, que, sin embargo, en alguna parte han venido á modificarse por la ya tantas veces citada ley 47 de Toro y por la 7.ª, título 2.º, libro 10 de la N., en cuanto, como expusimos al tratar de los efectos civiles del matrimonio, concede al casado, mayor de los diez y ocho años, la administración de sus bienes y los de su mujer.

Partiendo ya del supuesto de que el emancipado, por cualquiera de las causas que el derecho reconoce, incluso la del matrimonio, adquiere la facultad de contratar hasta

con sus mismos padres, verificándose los demás requisitos legales, todavía resta por examinar el concepto de la contratación con referencia a la misma emancipación. Hemos dicho que ésta, cuando es la voluntaria, conviene consignarla en un documento público, y así lo exige la ley 17, título 18, Partida 4.ª No dijimos entonces que el requisito era absolutamente necesario, porque si bien así es lo cierto por las leyes de las Partidas, su razón consistía en que, por regla general que en ellas mismas se establecía, la emancipación se verificaba por un acto convencional, aunque solemne y judicial, y de aquí resultaba la necesidad de que fuera menester que el padre mande «fazer carta, como saca el fijo de su poder; porque se pueda probar la emancipacion, e non venga en dubda». Mas desde que la emancipación voluntaria sólo puede conseguirse por medio de la real gracia, ya el documento en que conste basta por sí solo, sin necesidad de otra escritura. Sin embargo, para la obtención de la misma real gracia, es preciso hacer constar el consentimiento de ambas partes, y he aquí cómo viene a resultar posible entre el padre y el hijo la convención que tenga por objeto la misma emancipación. Y, además, ésta resultará de la real gracia; pero para determinar lo concerniente a la separación de derechos y acciones, si no absolutamente necesario, conveniente es que se otorgue la oportuna escritura; y de todas estas consideraciones, de la refundición de todos estos principios y supuestos, viene a deducirse la razón de la fuerza obligatoria que lógica y jurídicamente se concede a los contratos matrimoniales, porque aunque sean convenidos entre el padre y el hijo cuando todavía está dentro de la patria potestad, tienen por objeto la emancipación resultante del matrimonio. A esto pueden reducirse los efectos civiles de la emancipación en lo que respecta a las personas, pues los demás son los que naturalmente se desprenden de los mismos principios, y ya en sus oportunos lugares los hemos explicado y explanado; excusando, por lo tanto, incurrir en repeticiones, y recordando únicamente lo que en su oportuno lugar dijimos acerca de la licencia o consentimiento de los padres

que los hijos necesitan para contraer matrimonio, pasaremos a ocuparnos en el examen de los que se refieren a las cosas.

Todos también pueden comprenderse en la misma fórmula o reconocimiento del principio «extinguida la causa, cesan sus efectos»; pero concretando la idea, resulta que tiene que referirse a los peculios, y especialísimamente al adventicio, porque los castrense y cuasicastrense, sin consideración a la patria potestad, y aun estando dentro de ella, pertenecen al hijo en plena propiedad, en dominio, usufructo y administración. y el profecticio depende absolutamente de la voluntad del padre.

Mucho se ha disputado, y, por consiguiente, diferentes son las opiniones de los autores, sobre si, al extinguirse la patria potestad, concluye el usufructo que al padre se concede en los bienes que al hijo corresponden como peculio adventicio. Nadie ha encontrado, ni en nuestra legislación ni en la romana, disposición alguna que explícita y directamente resuelva la duda: nosotros no hemos sido más afortunados. No encontrándose medio de resolver la cuestión por un criterio de autoridad fijo y determinado, hay que acudir al de razón, por medio de las analogías o de las deducciones lógicas de los principios que en la materia se reconocen, y para ello empezar por analizar o distinguir los supuestos. La extinción de la patria potestad, hemos visto que se produce por el delito del padre, por la dignidad del hijo, por la emancipación, y, últimamente, por el matrimonio. En el primer supuesto, hasta repugnante sería reservar un derecho accesorio al que por delito pierde el principal. Es preciso no perder nunca de vista que el disfrutar del usufructo del peculio adventicio está admitido y establecido en el derecho, como consecuencia, como efecto de la patria potestad. Cuando, pues, el padre, por delito, pierde, en virtud de la ley, el fundamento, la causa productora del efecto, no puede menos de reconocerse que éste cesa, pues, de lo contrario, vendría a pararse en reconocer efecto sin causa. No es tan fácil la determinación del segundo supuesto, porque si bien es cierto que las leyes

conceden al hijo la condición de persona de su propio derecho *sui juris* por la dignidad a que asciende, no implica contradicción el que el hijo la adquiera, sin perjuicio de los derechos del padre. Uno de ellos es el usufructo del peculio adventicio; acudiendo a la razón expuesta para el supuesto anterior, vendremos a parar en que debe cesar por el principio de que, cesando la causa, cesan los efectos; pero enfrente de este principio se presenta otro de no menos fuerza en el terreno jurídico: el propietario no puede perder su derecho sino por un hecho que le sea imputable, o en virtud de un precepto legal que lo determine; relativamente a esta materia ya hemos dicho que no hemos encontrado ley; la dignidad del hijo no puede imputarse al padre. En el capítulo 2.º del título 10 de la Novela 81 se dice: que no se quiere que el hijo que por dignidad adquiere la condición de ser persona libre pierda ninguno de los derechos que competen a los legítimos: «Non enim volumus eum qui ita suæ potestatis fit, perdere aliquod legitimorum jus.» Pero esto verdaderamente se reduce a una declaración de reserva de derechos, que venía a ser necesaria en la legislación romana, en consideración a que los emancipados se diferenciaban en mucho de los que permanecían sujetos a la patria potestad, pudiéndose citar, como por vía ejemplo, la exclusión en que por el derecho romano se encontraban los emancipados de la herencia legítima; y la reserva de los derechos correspondientes al hijo no induce a la extinción del derecho correspondiente al padre. Sin embargo, nos decidimos por la opinión de que cuando por dignidad sale el hijo de la patria potestad adquiere el usufructo de los bienes adventicios, perdiéndolo, por consiguiente, el padre; y creemos que, si no explícita, implícitamente así se encuentra establecido en la ley, que viene a determinar el tercer supuesto, o sea el referente a la emancipación voluntaria.

Dice la 15 del título 18, Partida 4.ª: «E por esta razon, quel saca de su poder, puede el padre retener para si, de los bienes aventicios del fijo, la meytad del usofruto. E esta meytad siempre se entiende que la puede aver, por

gualardon, porque lo sacó de su padre; fueras ende, si señaladamente gela quitasse». Los antecedentes de esta disposición legal son romanos y perfectamente expresados se encuentran en el párrafo 3.° de la ley 6.ª, título 49, libro 6.° del Código, y también en el párrafo 2.°, título 9.° de las Instituciones. Están reducidos a exponer que por una ley de Constantino se establecía que el padre, al emancipar al hijo, pudiera retener para sí, si quería, la tercera parte del peculio adventicio en pleno dominio o propiedad, y que, habiéndose observado que esto tenía algunos inconvenientes, se había determinado modificarlo, y determinar que no adquiriera el derecho a la tercera parte del dominio, y sí a la mitad del usufructo de todo el peculio adventicio, para que a la muerte del padre se consolidaran en el hijo los dos derechos respecto de la totalidad. La ley de Partida, por consiguiente, es una exacta y fiel traducción de lo determinado por Justiniano. Mas no sólo en su precepto, sino en su razón. Justiniano llama al derecho de disfrutar la mitad del usufructo premio de la emancipación, y los autores de las Partidas dicen: «... e esta meytad siempre se entiende que la pueda aver por galardon porque lo sacó de su poder»; por manera que a todas luces, tanto por nuestra ley como por sus precedentes romanos, el usufructo se concede al padre en consideración al beneficio que hace al hijo al darle la condición de la persona de su derecho. Si, pues, es esto lo cierto, en donde no existe la razón no puede aplicarse la parte preceptiva, y supuesto que cuando la extinción de la patria potestad se verifica por la dignidad a que asciende el hijo, nada hay que premiar, galardonar ni remunerar al padre en esta ley de Partida, y en sus precedentes romanos se encuentra para nosotros la razón inductiva a la opinión que seguimos de que sólo, de que exclusiva y taxativamente se concede al padre el derecho del usufructo de los bienes adventicios del hijo en el caso o supuesto de la emancipación voluntaria. Concluye la ley diciendo que «al padre corresponde dicha meytad fueras ende si señaladamente gela quitasse». Este verbo es pronominal, y, por lo tanto, se refiere al

mismo padre, viniendo a significar que a su voluntad queda el reservarse o no la mitad del usufructo, pero que no podrá suponerse la renuncia si el padre no lo hace expresa y terminantemente, lo que también está en absoluta conformidad con los dos citados textos de la legislación romana.

En el cuarto y último supuesto, que es el que se realiza cuando la emancipación toma causa del matrimonio, ya no hay lugar a dudas, existiendo disposición legal que clara y explícitamente lo determine. La ley 48 de Toro, incluída en la 3.ª, título 5.º, libro 10 de la N., dice así: «Mandamos que de aqui adelante el fijo, ó fija casandose e velandose ayan para si el usufructo de todos sus bienes adventicios, puesto que sea vivo su padre, el cual sea obligado á gelo restituir, sin le quedar parte alguna del usofructo dellos.» Considerada esta disposición legal en sí misma, aparece clara y terminante, y como una precisa consecuencia de su precedente, la ley 47. Sin embargo, ha dado también margen a dudas y controversias, de las que no podemos prescindir. La más fundamental se reduce al examen y determinación de si el casamiento del ya emancipado produce, respecto de perder el padre el usufructo de la totalidad del peculio adventicio, los mismos efectos que la emancipación que en el hijo que está constituído bajo la patria potestad se verifica por el casamiento. La dificultad resulta de la contraposición de derechos resultantes de una misma causa, si bien con la interposición de otro supuesto. Venimos determinando y admitiendo como verdad inconcusa que el padre, emancipando voluntariamente al hijo, adquiere el derecho de retener y seguir disfrutando la mitad del usufructo de los bienes adventicios. Suponiendo, pues, realizada esta condición; suponiendo al hijo emancipado por la voluntad del padre, y a éste disfrutando legalmente la mitad del peculio adventicio, si el hijo se casa, ¿privará al padre de su derecho? Para nosotros no es dudable la afirmativa, hasta el punto de abrigar el íntimo convencimiento de que, considerando los legisladores de Toro la cuestión, para darla resuelta usaron las palabras que se

encuentran consignadas en el texto legal. En primer lugar, sin distinguir cosa alguna sobre la condición del hijo o hija, dicen que, casándose y velándose, hayan para sí el usufructo de todos los bienes adventicios. Si, pues, la ley no distingue, legal sería admitir la distinción para modificar, según ella, los conceptos; y hay todavía más: al imponer al padre la obligación, se vale la ley del verbo restituir, que indudablemente es el más fuerte y determinante de todos los que podían usarse, y, por lo tanto, el que con mayor latitud puede expresar el concepto; y por si esto no bastara, concluye la ley diciendo: «sin le quedar parte alguna del usofructo», de modo que con toda claridad se expresa que, aun el caso de quedarle alguna parte por el casamiento del hijo, la pierde o tiene que restituirla. Es indudable que, en el caso de la cuestión propuesta, al casarse el hijo que estuviera ya emancipado por la voluntad de su padre, a éste correspondía una parte de la mitad del usufructo. Pues bien: precisamente la ley, después de hablar del todo, concluye hablando de la parte; por manera que, aunque usando el más compendioso laconismo, exprime y expresa todo cuanto se hace necesario para determinar por ella misma la cuestión, en sentido de que el hijo o la hija ya emancipados por la voluntad del padre, adquieren casándose el usufructo de la mitad de los bienes adventicios, que el padre podía retener como premio de la emancipación.

Resuelta la duda o cuestión que hemos calificado de más sustancial, y fijada nuestra opinión respecto de todos los efectos que, conforme a las leyes 47 y 48 de Toro, produce el matrimonio relativamente a la extinción de la patria potestad y a los derechos sobre el usufructo del peculio adventicio, réstanos todavía exponer algunas ligeras consideraciones acerca de los argumentos que de la ley 48 se han querido deducir contra la opinión de que por la dignidad a que asciende el hijo pierde el padre la mitad del usufructo del peculio adventicio. Dicen los impugnadores que, si por todas las causas de emancipación legal perdiera el derecho de que se trata, inútil era la ley 48, y que esto no puede admitirse, ni aun suponerse, viniendo a deducir

que tan sólo fué necesaria para establecer una a manera de excepción de la regla general. Nosotros, por el contrario, creemos que al determinarse, no al establecerse de nuevo, una causa de emancipación distinta de la que existía, hubo necesidad de fijar todos sus efectos, evitando las dudas y cuestiones para lo sucesivo, y aclarando los conceptos y disposiciones de la ley del Fuero Real, que ya dejamos copiada y examinada. Esta fué su verdadera razón: en esto consistía su necesidad, y siendo necesaria no puede calificarse de inútil. En la ley del Fuero, como hemos visto, se hacían muy notables diferencias entre los hijos y las hijas relativamente a los efectos que producía el matrimonio, y en las leyes de Toro se les parificó por completo: el consignarlo era necesario, y en la ley 48 se consignó respecto del usufructo de los bienes adventicios. Además, aun admitido el supuesto de que tan sólo se conceda al padre la mitad del usufructo en el caso de emancipación voluntaria, podía haberse suscitado la duda de si debería disfrutarlo cuando siendo preciso su consentimiento para el matrimonio lo otorgara, trayendo a la argumentación el principio de «lo que es causa de la causa es causa de lo causado», pues si la emancipación resultara del matrimonio y para el matrimonio era necesario el otorgamiento del padre, por la voluntad del padre salía el hijo de la patria potestad. Y, aunque no fuera más que para evitar esta duda, para resolver esta cuestión, lejos de ser inútil, se hacía necesaria la ley 48.

Por último, la citada ley 48 de Toro tuvo otra razón de necesidad: por las 13 y 14 del título 11, libro 4.° del Fuero Juzgo, entre otras cosas, se ordenaba que, cuando el hijo o hija se casaran, el padre tuviera que darle los bienes que le pertenecieran por herencia de la madre, reservándose la tercera parte en lugar del usufructo: «Denle su parte de la buena de su madre, assi que el padre retenga para si la tercia parte por uso del fruto.» Establecían además que, cuando el hijo o hija llegaran a cumplir veinte años, aunque no se casase, tuviera el padre que darle la mitad de los bienes que fueran de la propiedad de ellos, reteniendo la otra mi-

tad por sus días para que después de su muerte recibieran la totalidad íntegramente; y como respecto de estos particulares nada terminantemente se dice en las leyes del Fuero Real, podía surgir la duda acerca de su vigor, duda que vino a resolverse con toda claridad y especificación por la legislación de Toro, en la cual, reconociéndose el supuesto de que el usufructo del peculio adventicio pertenezca al padre mientras los hijos y las hijas no contraigan matrimonio, se declara que lo pierda en su totalidad por el mero hecho de contraerlo. De estas mismas leyes, y con bastante latitud, tendremos que ocuparnos en el capítulo siguiente.

Nada más creemos preciso decir sobre ella, pues de lo referente a exigirse las velaciones al casamiento, ya hemos tratado al ocuparnos de la 47, y la expresión de que aunque viva su padre tan sólo se dirige a expresar y determinar el concepto de que, desde el momento del casamiento, y sin esperar a la muerte del padre, sin retener parte alguna del usufructo, debe restituir al hijo o hija íntegramente su peculio adventicio.

A esto pueden reducirse sustancialmente los efectos de la emancipación con relación a las cosas, refiriéndonos, no obstante, a lo que en diferentes lugares tenemos consignado y explicado; sin embargo, al dar por concluído el tratado de la patria potestad, conviene advertir que necesariamente se enlaza con todas las demás instituciones jurídicas; que todas, y cada una, se encuentran en íntima relación, por lo que, si bien tiene que considerarse como consecuencia de unas, no puede menos de aparecer como antecedente de otras, y, desde luego, en el título siguiente veremos confirmada esta verdad.

TÍTULO IV

De la guarda de los huérfanos.

CAPÍTULO PRIMERO

Ideas generales.

Fundamento, objeto y razón de la institución. — El concepto de guarda de huérfanos como fundamental y comprensivo de la tutela y de la curatela. — Significado de la palabra huérfano en la legislación romana y en la goda.—Si era huérfano el que le quedaba madre. — Poder que los godos concedían a la madre sobre sus hijos. — Caso de segundas nupcias del padre. — Idea general de la guarda y método jurídico con que la desenvolvían los romanos — Guarda de las mujeres. — Evolución del Derecho romano sobre el particular. — Carácter del ejercicio de a guarda. — Método o plan de materias.

Con el examen del matrimonio, de sus efectos civiles y de la patria potestad, que también puede considerarse como uno de ellos desde que por la ley 47 de Toro se determinó que el hombre al casarse quedara emancipado y, por consiguiente, libre del poder de su padre y en aptitud legal de ejercerlo sobre sus hijos, puede decirse que se perfecciona el complemento de lo concerniente a la grande institución que en lo natural, social y legal se significa con la palabra familia. Mientras esta sociedad subsiste como necesaria, se reconoce su jefatura y consiguiente subordinación de todas las demás personas que la constituyen: al padre corresponde el poder y representación de la misma sociedad mientras los individuos que la componen están en la patria potestad formando la sociedad do-

méstica o familiar, existe un jefe y representante de los mismos y de todos sus intereses, resultando la suficiente y necesaria garantía, porque nadie mejor que el padre, impelido por los afectos naturales, ha de conocer y practicar lo que a sus hijos convenga bajo todos conceptos. Pero esta jefatura de protección y amparo llega frecuentemente a faltar cuando todavía es necesaria, y no podría merecer el calificativo de justa y previsora la legislación si no hubiera tratado de subvenir a esta necesidad supliendo la falta y procurando evitar los males a que quedaran expuestos los que en tal situación se encontrasen. He aquí el fundamento, objeto y razón de la institución, cuyo examen ha de ser la materia de este título, y para entrar en él, lo que desde luego, ó en primer término, ocurre es parar la consideración sobre las palabras de que nos hemos valido para su epígrafe.

La generalidad de los autores, o han tratado en diferentes títulos de la tutela y curatela, o las han refundido en uno solo, valiéndose, para expresar el concepto, de las dos voces; nosotros hemos creído que la idea se significa con mucha mayor precisión comprendiéndola en las palabras con que la significamos, porque con ellas se determina ya uno de los conceptos o supuestos principales, cual es el de que precisamente va a tratarse de los que por no tener padre necesitan de otras personas que los amparen y protejan. Tenemos también a nuestro favor una que se puede llamar hasta razón legal, porque el mismo epígrafe que nosotros usaron los autores de las Partidas, separándose de lo que constantemente les servía de ejemplo y norma de conducta, cual era el Derecho romano, y atendiendo más bien a lo fundamental de la materia que al artificio científico. Los romanos distinguían muy esencialmente la tutela de la curatela: las hacían proceder de distintas causas; tenían que sujetarlas a las consecuencias precisas que deducían de diversos principios, y se veían precisados, por lo tanto, a considerarlas con muy precisa distinción; los godos, como ya en otras ocasiones hemos dicho, sin sujetarse tan estrictamente al artificio de la ciencia,

acudían más directamente a la razón natural; que la materia en que nos ocupamos consiste en proporcionar guardador al que no lo tiene, y por sus circunstancias especiales lo necesita. Al tiempo de formarse el Código Alfonsino aparecían los dos sistemas: los que lo formaron optaron por expresar lo fundamental, sin perjuicio de proceder después a determinar las debidas distinciones. De este mismo modo procederemos, examinando en capítulos separados la tutela y la curatela para fijar sus diferencias, y pasando después a considerar todo lo que les es común; mas antes de llegar a este análisis nos es forzoso detenernos en la consideración de algunas otras ideas generales.

Hemos indicado que con la palabra huérfanos se significa la persona que, necesitando un guardador, no tiene el que en primer lugar debe serlo, que es su padre. Tal era el verdadero concepto en el Derecho romano, y en el mismo se trasladó a la legislación de las Partidas: el hijo, al morir el padre, aunque le quedara madre, se reputaba huérfano; pero también hemos notado en el primer capítulo del título anterior que, conforme a la ley 1.ª, título 3.º, libro 4.º del Fuero Juzgo, ya vino a declararse que sólo se llamaran huérfanos los menores de quince años que hubieran perdido a su padre y a su madre. Recordando, por lo tanto, lo que allá dijimos, conviene aquí consignar que, según la legislación goda, el menor de quince años, aunque hubiera perdido a su padre, no era huérfano, y, por consiguiente, no se encontraba en el caso de necesitar guardador, porque natural y legalmente lo era su madre. Extractamos y comentamos también en el mismo lugar, y con el objeto de explicar la que llamamos materna potestad, las leyes 3.ª, del mismo título, y 8.ª, título 1.º, libro 3.º del Fuero Juzgo, pero no podemos prescindir de volver a ellas y examinarlas con relación a la materia en que nos ocupamos, si bien por ahora nos cumple tan sólo fijar la advertencia que de ella se desprende para determinar los distintos significados que en las legislaciones romana y goda tiene la palabra huérfano.

Si al derecho de la madre, conforme a las citadas leyes,

se le da el nombre de materna potestad, el concepto resultará general, pues sólo vendrán a constituirse en guardar los huérfanos en concepto de haber perdido al padre y a la madre; pero si a ese mismo derecho de la madre se le quiere negar el calificativo de potestad materna, forzosamente se incurre en tenerlo que llamar guarda, y, en tal caso, en el de reconocer que los que no son huérfanos deben tener guardadores. Todo, pues, en último término, se reduce a si el derecho de la madre es tan fuerte que tenga que sobreponerse a la guarda establecida por el padre, de modo que no sea permitido al padre nombrar tutor en su testamento para el caso en que cuando él muera deban quedar sometidos a la potestad de la madre. En la legislación goda no se encuentra establecida guarda testamentaria, y de esta misma resulta que no se incurra en contradicción, y aun admitiendo que debiéndose limitar el poder de la madre, después de muerto el padre, al concepto de mera guarda legítima, aparezca antepuesta o preferida a la testamentaria. Son muy de notar también las leyes 13 y 14 del título 2.º, libro 4.º del Fuero Juzgo: ya nos hemos hecho cargo de ellas en la última parte del título anterior para indicar lo que establecen respecto de conservar o no el padre el peculio adventicio cuando el hijo contrae matrimonio; pero ahora tenemos que examinarlas concretamente al punto que nos ocupa. En la primera claramente se dice: «La madre muerta los fiios deben fincar en poder del padre si son daquel casamiento e deve tener su buena de los fiios si non casar con otra..... E si el padre se casa con otra muller, porque non es derecho que los fiios sean en poder dotri si non de su padre; el padre tenga la sus cosas e los fiios en guarda assi quemo es de suso dicho.» Sigue la ley estableciendo los casos en que debe hacerse inventario y otras particularidades; y la segunda de las citadas dice: «En la ley de suso es dicho que si el padre non casa despues de la muerte de la muller que los fiios finquen en su poder con todas sus cosas fasta que casen, e que el padre deve aver los frutos, e despender con sus fiios comunalmientre, e que despues que los fiios casasen ó cumpliesen XX años, que

el padre les deve dar la meytad de la buena de la madre, e quel haya la otra meytad de la buena en toda su vida, e que la non pueda vender nin dar. E que los fiios de la muller le deven aver despues de la muerte del padre; e si el padre se casare los fiios tomen la buena de la madre e que sean en poder dotri con toda su buena e non en poder del padre. Y esto nos semeia á nos muy desguisada cosa, que non les miembra lo que dice Salomon.» Sigue la ley citando varios textos de las Sagradas Escrituras, y ordena «que el marido que se casar despues de la muerte de la muller si oviese fiios de ella sean en poder del padre con todas sus cosas despues de la muerte de la madre con las cosas que les pertenescen de parte de la madre, assi como es dicho en la ley de suso». Concluye mandando que se haga inventario y ratificando las disposiciones de la anterior respecto de la entrega de los bienes adventicios.

Vistas estas dos leyes, parece que la segunda se refiere a la primera; pero bien consideradas, se comprende que no es así, porque la referencia no está conforme con el que debía ser su relato. Todo el objeto de la 14 se reduce a derogar o destruir el precepto de que, si el padre se casa, los hijos salgan de su poder, y tanto ellos, como sus cosas que hayan recibido de la madre, se constituyan en guarda o poder de otro, y a la verdad que en la 13 no se encuentra semejante precepto, sino precisamente el contrario, o sea el mismo que viene a determinarse por la 14. Se hace preciso advertir que ésta no está inclusa en el texto latino, que en el castellano se le califica de antigua, y que Llorente, sin negarle el calificativo, la supone reformada por Sionando o San Isidoro. Todo esto produce una manifiesta confusión, de la cual sólo puede salirse suponiendo que existiera otra ley a la cual se refiriera la 14, y en la que apareciera el precepto de que el padre al casarse perdiera la patria potestad, y que tan sólo por la colocación que se ha dado a estas dos leyes en los Códices romanceados, venga a aparecer que la 14 se refiera a la 13. Acudiendo, por lo tanto, al texto latino, se observa con toda claridad preceptuado por la 13 que, si el padre contrae segundas nupcias, no por eso deje a

sus hijos, sino que siga rigiendo a ellos y a sus cosas: *iuxta superiorem modum tuitionis*. Por manera que a todas luces, y sin que pueda caber sobre ello la menor duda, por el texto latino, con muchísima mayor claridad que en el castellano, se preceptúa que no por casarse el padre pierde la patria potestad o superior tutela. Nótase también en las dos leyes citadas que el padre, mientras los hijos no se casan o no cumplen veinte años, tiene derecho al peculio adventicio de los mismos, con la obligación de invertirlo en el sostenimiento de la familia, y la facultad de dedicar lo restante a lo que fuere su libre voluntad. Pues bien: en la ley 15, que en el texto latino es la 14, se conceden los mismos, idénticos derechos a la madre mientras permanece viuda. La condición de viudez no perjudica el concepto, porque la diferencia se deduce de causas enteramente diversas: el hombre, al casarse, no pierde la libre administración y disposición de sus cosas, y la mujer sí, porque se sujeta a la potestad marital; el padre, por lo tanto, sin inconveniente, sin contradicción de ningún género, puede, aunque se case, retener la facultad que se le concede sobre el peculio adventicio de sus hijos; pero si la misma facultad se le reservara a la madre, resultaría que ya no ella, sino su marido, fuera el que, más o menos arbitrariamente, dispusiera del usufructo de los bienes adventicios de sus hijastros o entenados. Explicada, pues, la diferencia, por su razón viene, en último término, a resultar que iguales e idénticos derechos se conceden a la madre que al padre sobre los bienes de los hijos, y de todo ello, que la potestád materna entre los godos, si no era absolutamente igual a la paterna, venía a ser completamente semejante. Nos hemos detenido acerca de este punto tal vez demasiado; pero esperamos se nos dispense la demasía considerando lo muy interesante que es, para poder conocer los fundamentos de la guarda de los huérfanos, la determinación de los otros poderes, cuya falta con éste se trata de suplir. No puede nunca perderse de vista lo que, por lo mismo, constantemente venimos repitiendo; nuestro derecho, nuestra legislación actual, tiene dos orígenes, pro-

cede de las dos que le han precedido: la romana y la goda; sin conocer, por lo tanto, estos antecedentes, raya en el imposible llegar al verdadero conocimiento de la actual. Conveniente en sumo grado, si no absolutamente necesario, es, por lo mismo, determinar y fijar cuál era el poder que los godos concedían a la madre sobre sus hijos, porque de este modo se llegará a comprender que la tutela legítima de la madre y de la abuela, que en el Derecho romano aparece como una mera concesión, tal vez repugnante a los principios fundamentales, en la legislación goda se eleva a verdadero principio fundamental, inmediatamente comprendido en la institución de la potestad materna.

Desembarazados ya de esta que quizá se califique de verdadera digresión, y reanudando el hilo de las ideas generales, volveremos a seguir el examen de la materia en cuanto debe ser objeto de este capítulo. Sólo los huérfanos pueden ser constituídos en guarda, y los romanos expresaban el mismo concepto por medio de la fórmula *Patrem habenti tutor non datur*. En su rigorismo científico, la proposición era completamente exacta: el que tenía padre, no era absolutamente libre, no era *capite libero;* estaba sujeto a una ajena voluntad legal y forzosa, y no podía sujetársele a otra. Para llegar a explicar y determinar estos conceptos, se valían de la teoría comprendida bajo la fórmula *capitis diminutio,* que podemos traducir disminución de estado. Llamaban cabeza a la persona cuyo nombre, bajo cualquier concepto, debiera figurar en las tablas o listas censuales, y en ellas sólo se incluía a los hombres libres, a los ciudadanos y a los padres de familia, y, por lo tanto, dividían las cabezas o estados en libertad de ciudadanía y de familia, y se disminuía la cabeza o estado cuando de uno superior se pasaba a otro inferior. El padre de familias que se constituía bajo la paterna potestad sufría la disminución mínima, porque todavía quedaba ciudadano y hombre libre, y sólo, por consiguiente, perdía la suprema condición de ser persona de su propio derecho. El que siendo ciudadano romano perdía la ciudadanía, reducién-

dose, por ejemplo, a peregrino, sufría la disminución media, y el que de hombre libre pasaba a ser esclavo sufría la disminución máxima, porque dejaba de ser considerado como cabeza y hasta como persona. El siervo no podía ser constituído en tutela, porque tenía señor; tampoco el peregrino, porque la tutela romana sólo se concedía a los ciudadanos romanos, y tampoco el hijo de familias, porque estaba sujeto a la patria potestad: sólo, pues, los que estaban en estado o cabeza máxima o preferente, solamente las personas de su propio derecho eran las que podían ser constituídas en tutela, sin incurrir en el inconveniente de que resultaran dos poderes luchando y contradiciéndose. Pero la fórmula preinserta era también completamente exacta en otro sentido, si bien pueda calificarse de excepcional. Los romanos, como ya queda indicado, y con mucha mayor precisión que nosotros, distinguían la tutela de la curatela; en ningún caso admitían que tuviera tutor el hijo de familias, pero sí en algunos que tuviera curador; por ejemplo: cuando era instituído heredero con semejante condición; cuando siendo menor tenía que litigar contra su padre. Si, pues, en la proposición se extendiera el concepto a la tutela y curatela, tan pronto como se quisiera tomar por universal, sería falsa, por lo que, y para tenerse a todo el rigor lógico y jurídico, la concretaban únicamente a la tutela.

Distinguían también los romanos la razón o causa necesaria de la tutela y curatela, pero en la distinción había más artificio científico que razón convincente: tomaban absolutamente por motivo de la tutela la falta de edad, y aplicaban la curatela a la falta de suficiente discernimiento por cualquier otro motivo. Como la verdad es más sencilla, y consiste en la necesidad de que sean auxiliados por personas competentes las que obrando por sí solas podrían perjudicarse, resultaba que en la distinción científica, por demasiadamente artificiosa, se faltaba a la verdad, a la naturaleza de las mismas cosas, porque es lo cierto que, sin más razón que la falta de edad, se daban guardas a las personas, incurriéndose en la necesidad de ir complicando más

y más el artificio para salvar la patente contradicción. De aquí el distinguir que la tutela se instituía primariamente para las personas y secundariamente para las cosas, y la curatela, por el contrario, primariamente para las cosas y secundariamente para las personas; y de aquí también la necesidad de distinguir entre interponer la autoridad, prestar su consentimiento, obrar como en causa propia, ratificar lo actuado y administrar. Para fijar estos conceptos, distinguían las edades conforme se manifiesta por la tabla siguiente:

El hombre es infante hasta los..........	7	años.	La mujer es infanta hasta los..........	7	años.
Próximo a la infancia hasta los..........	10 1/2	—	Próxima a la infancia hasta los..........	9 1/2	—
Próximo a la pubertad hasta los..........	14	—	Próxima a la pubertad hasta los..........	12	—
Púber a los..........	14	—	Púber a los..........	12	—
Plenamente púber a los	18	—	Plenamente púber a los	14	—
Mayor de edad a los..	25	—	Mayor de edad a los..	25	—

Hecha esta graduación, distinguían del modo siguiente: durante la infancia nada podía hacer el pupilo: todo, por consiguiente, tenía que hacerlo en su nombre el tutor, obrando por sí y como en causa propia; desde que se salía de la edad infantil, y hasta que se llegaba a la pubertad, ya el pupilo podía hacerlo todo; mas para que fuera válido lo que pudiera obligarlo, era preciso que el tutor interpusiera su autoridad. Al cumplir la pubertad dejaba de ser pupilo, y salía, por consiguiente, de la tutela: podía ya obrar por sí; pero en todo aquello que le obligara debía intervenir el curador, prestando su consentimiento; de modo que la diferencia consistía en interponer la autoridad o prestar el consentimiento, y prácticamente se reducía a las diferentes formas o solemnidades externas que se exigían para el acto. La verdad es más clara y luminosa en cualquiera posición en que se encuentre el hombre, necesitando, por sus circunstancias especiales, del cuidado, amparo y protección de otros hombres; aquellos que deban prestarle este

servicio deberán obrar del modo que se realice el fin. Si se reconoce que el infante nada puede hacer por sí, por suponerse que absolutamente carece de discernimiento, ¿cómo, por más que se complique el artificio científico, se ha de venir a parar en que el privado absolutamente de razón, el constantemente loco hasta el frenesí, por solo el hecho de ser mayor de catorce años, ha de hacer las cosas y sólo necesita el consentimiento de su curador? Forzoso es reconocer que todo exceso es malo, que siempre por la exageración se llega a la inexactitud, y que los romanos, a fuerza de distinguir y analizar, en muchas ocasiones llegaron a oscurecer y a destruir la verdadera sustancia de las cosas. Con esto queda fijada la idea general de la guarda y el método jurídico con que los romanos la desenvolvían, y cuenta que nosotros no lo criticamos en concepto de creerlo malo, sino en el de que tal vez, por acudir de un modo exagerado al examen del método y de las formas externas, se llegue a perder de vista el objeto principal, del cual nunca debe prescindirse. Al tratar especialmente de la curatela, notaremos la razón por la cual a los incapacitados se les daba curador y no tutor cuando ya habían salido de la edad pupilar, pero es preciso anteponer estas ideas generales para que, al llegar a hablar de las particulares de cada una de las dos guardas, pueda usarse el método científico y el lenguaje jurídico, sin el inconveniente de incurrir en exageraciones.

Intimamente relacionado con este punto se encuentra lo referente a la guarda de las mujeres. Por su antiguo derecho nunca salían de la tutela, a no ser que quedaran viudas teniendo tres hijos, y harto sabido el texto de Catón donde dice: «Majores nostri nullam nec privatam quidem rem agere feminas sine auctore voluerunt, in manu esse parentum, fratrum, vivorum.» Estaban siempre sujetas, o a la potestad del padre o a la del marido, o a la de los parientes agnados, dándose siempre a esta última el nombre de tutela, incurriéndose en la necesidad de seguir ésta, denominando pupilar a la que ejercían mientras la mujer no tenía doce años cumplidos, y perpetua a la que se recono-

cía desde esa edad en adelante. En la legislación justiniana ya se omitió semejante distinción, aboliéndose por completo la tutela perpetua de las mujeres y extendiéndose a ellas la curatela, bajo las mismas reglas y supuestos que regían respecto ds los hombres. Mas no se redujo a esto sólo la variación introducida: las mujeres, por el antiguo derecho, no podían ser tutores, porque no podían ejercer cargos públicos, y la tutela lo era. Justiniano, en el capítulo 15 de su Novela 118, estableció no sólo que pudieran serlo la madre y la abuela del pupilo, sino que entraran a ejercer el cargo con preferencia a todos los demás agnados, si bien con las condiciones de renunciar a segundas nupcias y al beneficio del Senado-consulto Veleyano, por el cual se establecía que las mujeres no quedaran obligadas al afianzar por otros. Estas dos condiciones son tan necesarias como naturales: la primera, porque, según ya hemos indicado, la viuda, al casarse, pierde parte de su personalidad, de su cabeza, de su estado, constituyéndose bajo la potestad marital; y la segunda, porque siendo inherente al cargo de la tutela la obligación de responder de sus actos en cuanto pueden perjudicar al pupilo, era preciso remover lo que pudiera oponerse a esta responsabilidad. La razón de haberse concedido esto a la madre y a la abuela, muy justificadamente, la tomó Justiniano del amor natural, y nótese, aunque sea de paso, que antes que los romanos la habían encontrado y apreciado los godos.

Acabamos de decir, para dar la razón por la cual en el antiguo Derecho romano no podían las mujeres ser tutores, que precisamente consistía en que la tutela era un cargo público, y así es lo cierto, y también que esto, aunque ligera, necesita alguna explicación. No se decía que fuera oficio, porque el tutor nada público administraba, de ninguna autoridad pública se encontraba revestido, ni disfrutaba sueldo, salario ni estipendio que debiera satisfacerle el Estado; de modo que en todo y por todo estaba contenido en la condición de persona privada. Pero al mismo tiempo la obligación de amparar al desvalido era general y recíproca; y he aquí por lo que sin ser oficio era verda-

dero cargo, obligatorio por la pública autoridad de la ley, que venía a determinarse mediante la causa que produjere el concreto en cada caso especial. Mas si así era entre los romanos, no con igual precisión entre los godos; aquéllos acudían con demasiada frecuencia, exageradamente, al *interest reipublice,* que bien traducido significa: está entre las cosas de la república. Los godos no daban tanta extensión a la idea de Estado o de Gobierno. Creemos conveniente esta indicación como idea general, porque más adelante, y en su oportuno lugar, tendremos que examinar muy detenidamente el punto de si el ejercicio de la guarda de los huérfanos es verdaderamente forzoso o viene a resultar voluntario.

Con estos antecedentes podemos ya pasar al examen de cada uno de los puntos concretos de la materia, para llegar a fijar las particularidades de cada una de las dos especies en que primariamente se divide la guarda de los huérfanos, y son la tutela y curatela; examinando en cada una de ellas las subdivisiones por medio de las cuales se desarrolla el método, determinando sus diferencias para distinguirlas y poderlas también considerar en lo que tienen de común, y con la previa advertencia de que lo que existe vigente en esta materia, en cuanto a lo doctrinal, es, principalmente, lo de origen romano trasladado al Código de las Partidas, pero que en lo verdaderamente preceptivo se encuentra mucho de origen gótico, por lo que se hace indispensable proceder sin perder de vista los dos orígenes, y para ello ir considerando la doctrina a la par que el precepto, aunque con todo el cuidado necesario para no incurrir en confusión.

CAPÍTULO II

De la tutela.

SECCIÓN PRIMERA

DEFINICIÓN Y DIVISIÓN DE LA TUTELA (1)

Definición de la tutela. — Clases de tutela.

Servio Sulpicio, príncipe de los jurisconsultos en tiempo de Cicerón, definió así la tutela: *Vis et potestas in capite libero ad tuendum eum, qui per ætatem ipse se tueri nequit, jure civili data vel permissa.* Esta definición ha sido, en diferentes conceptos, impugnada; nosotros creemos que lo que merece verdadera y fundada impugnación es el mal uso que de ella se ha hecho: generalmente, se ha puesto al frente del tratado como indicativa de lo que se trata de conocer y estudiar, y su autor, seguramente, no la formó en tal concepto, sino precisamente en el contrario, en el de ser una verdadera síntesis, una exacta compilación de todo lo que se comprende en la materia: de ser el resultado de todo lo que el príncipe de los jurisconsultos había llegado a saber, y decía, no a los que principiaran a estudiar, sino á la clase de jurisconsultos en la época en que había llegado a su apogeo la ciencia del derecho. Las definiciones que preceden a las cuestiones deben ser las que basten para indicarnos la cosa de que se trata y fijar bien el sentido de las palabras que se emplean. «La definición perfecta ha de estar al fin de los tratados, pues que, debiendo explicar la cosa, ha de ser el resultado de las investigaciones. Querer definir desde luego la cosa equivale a suponer lo mismo que se busca: a confundir la semilla con la cosecha.» Es cierto

(1) Artículos 199 a 205 del Código civil.

que, en llegando a entender perfectamente esta definición, nada quedará que saber en la materia; pero, por lo mismo, es imposible entenderla y apreciarla en lo que vale, hasta que se sepa todo lo que en la materia se comprende. Lo prudente, por lo tanto, es acudir a otra menos científica, más sencilla, de más fácil comprensión, aunque no sea tan sublime ni tan exactamente jurídica, y que tampoco pueda tacharse por tener a su favor la autoridad legal. Dice la ley 1.ª, título 16, Partida 6.ª: «Tutela, tanto quier dezir, en latin, como guarda, en romance, que es dada, e otorgada al huerfano libre menor de catorze años, e á la huerfana menor de doze años, que non se puede, nin sabe amparar. E tal guarda como esta otorga el derecho á los Guardadores sobre las cabezas de los menores, maguer non quieran, ó non lo demanden ellos. Pero si pleyto fuesse movido, de servidumbre; contra algund mozo desta edad, bien le puede el Juez dar un Guardador, que le ampare la libertad, e lo suyo. Otrosi dezimos que el Guardador debe ser dado para guardar la persona del mozo, e sus bienes, e non deve ser puesto por una cosa, ó un pleyto señalado, tan solamente.» De esta ley, compendiando sus modos de expresión, para que haciéndola más breve pueda retenerse mejor en la memoria, puede deducir la siguiente definición de la tutela. Es la necesaria protección, a la cual deben someterse los huérfanos impúberos, para que sean guardadas sus personas, cuidados sus bienes y procurados sus intereses. Muy lejos estamos de presumir que esta definición satisfaga todas las exigencias: necedad sería intentar lo que no consiguió Servio Sulpicio; sin embargo, creemos que, una vez fijado el sentido de las palabras, bastará para indicar la cosa definida, y de punto de partida para llegar a poderla conocer.

Decimos necesaria protección, primero, para expresar la necesidad de la institución, pues necesario es amparar al que por sí mismo no puede hacerlo, y segundo, para fijar que los que la necesitan forzosamente, o, como dice la ley, «maguer non quieran ó non lo demanden», deben someterse á ella, si bien perdiendo parte de su libertad para

reportar un beneficio mayor que el perjuicio que se les cause. Refiérese en seguida la idea a los huérfanos impúberos para significar que a esta clase de protección deben estar sujetos los varones menores de catorce años y las mujeres menores de doce que no tengan padre, o que estén fuera de la patria potestad, pues tal es el significado de la palabra huérfanos en el sentido que la usa la ley, y todas las demás del Código de las Partidas, si bien conforme a la 1.ª, título 3.º, libro 4.º del Fuero Juzgo, como ya hemos dicho en el capítulo anterior, sólo debiera aplicarse el calificativo a los que fueran menos de quince años y hubieran perdido el padre y la madre. Sigue la definición diciendo: para que sean guardadas sus personas, cuidados sus bienes y procurados sus intereses; y aquí ya, después de haber consignado lo que lógicamente se llama género próximo, y que consiste en ser protección necesaria a los huérfanos impúberos, se fija la última diferencia, determinando el objeto a que se refiere y expresándolo por medio de una graduación, que claramente demuestra el orden de las ideas, poniendo, en primer lugar, la guarda de la persona: en segundo, el cuidado de sus cosas, y en tercero y último, la procuración de sus intereses; con lo cual se indica que el cuidado no debe concretarse a conservar, sino que debe extenderse a aumentar, viniéndose a parar en que con esto hasta se satisface la exigencia que algunos tendrían de que se expresara en la definición que el tutor debe ser dado primariamente para las personas y secundariamente para las cosas, y que no debe ser puesto para una sola ni para negocio señalado, que es lo que en su final determina la citada ley.

La siguiente, 2.ª del mismo título, dice así: «En tres maneras pueden ser establecidos los Guardadores de los mozos que fincan huerfanos. La primera es, quando el padre establesce Guardador á su hijo en su testamento, á que llaman en latin, Tutor testamentarius; que quiere tanto dezir, como Guardador que es dado en testamento de otri. La segunda, quando el padre non dexa Guardador al fijo en su testamento, e ha parientes. Ca estonce, las leyes otorgan

que sea Guardador del huerfano, el que es mas cercano pariente. E este atal es dicho en latin, Tutor legitimus; que quier tanto dezir, como Guardador que es dado por ley, e por derecho. La tercera manera es, quando el padre non deja Guardador á su fijo, nin ha pariente cercano que lo guarde; ó si lo ha, es embargado, de manera, que non lo puede, e non lo quiere guardar: e estonce el Juez de aquel lugar le da por Guardador algun ome bueno, e leal. E á este Guardador atal dizen en latin, Tutor dativus; que quier tanto dezir, como Guardador que es dado por alvedrio del Juez: e porque ha departimiento entre estos Guardadores, queremos fablar de cada uno dellos; e primeramente de aquel que establesce el padre á sus fijos, e á los otros que descienden del.» Tenemos ya en esta ley dividida la tutela en testamentaria, legítima y dativa e indicado el orden de proceder en su examen para ir exponiendo lo referente a cada una de las tres especies. Pero antes de entrar en él, conviene decir algo sobre lo que algunos, y entre ellos el mismo Servio Sulpicio, expresan como complemento de la definición de la tutela. Dicen que es dada o permitida por el derecho civil; así es, pero expresándolo se lleva la definición a más de lo que debe extenderse, porque se pasa de definir a dividir, lo que no deja de ser vicioso en buenas reglas de dialéctica. En el concepto en que procedió Servio Sulpicio, y que ya hemos indicado perfectamente, cabía el comprender la distinción, porque más que definición quiso formar una, aunque breve y sumaria, completa recapitulación de la materia; y admirablemente lo hizo, llegando a presentar en una división de solas dos partes las tres especies de tutela. La legítima testamentaria y la dativa se comprenden en el concepto de permitidas por el derecho; la legítima es la que directamente el derecho da. Las leyes, los mandatos preceptivos, conceden, permiten al testador y al juez, en sus respectivos casos, que nombren tutores a los huérfanos, y perfectamente se expresa la idea relativamente a estos dos conceptos con el calificativo de permitida tutela; pero cuando tienen que ser tutores los que la ley llama al cargo directamente y sin encomendar a perso-

na alguna su determinación, la tutela es dada por el derecho. Resulta, por lo tanto, que la tutela puede dividirse en dada y permitida; que la dada es individua, no tiene más que una especie, y que la permitida se subdivide en testamentaria y dativa. Mas para proceder a su examen, prescindiendo de este rigor analítico, consideramos la división más común, que es la que se presenta diciendo que la tutela tiene que ser, o testamentaria, o legítima, o dativa; y esto es tanto más conveniente cuanto que en ello se comprende también el orden de preferencia.

SECCION SEGUNDA

DE LA TUTELA TESTAMENTARIA (1)

Tutela testamentaria.—Facultad del abuelo para nombrar tutor a los nietos, según la ley 2.ª, título 16, Partida 6.ª, tomando por fundamento la patria potestad. — Negativa de esta facultad como efecto de la doctrina de la ley 47 de Toro. — Facultad de la madre para nombrar tutores a sus hijos huérfanos, concedida por la ley 6.ª de los mismos títulos y Partida. — Facultad de nombrar guardador de los hijos naturales y de los extraños. — Modo de nombrarse los tutores testamentarios. — Validez del nombramiento hecho en codicilo. — Claridad en el nombramiento. — Nombramiento simple y bajo condición.

Hemos visto que, según la citada ley 2.ª, la tutela testamentaria es la que el padre establece a su hijo en su testamento. La siguiente, 3.ª del mismo título, dice así: «El avuelo, ó el padre, puede dar Guardador á su fijo, ó á su nieto, que estoviesse en su poder, e que fuere menor de edad, como de suso diximos: e esto puede tambien fazer á los que son nascidos, como á los que son en el vientre de su madre. Pero lo que diximos de los nietos, se entiende, que el avuelo les puede dar Guardador en su testamento, si despues de su muerte non fincase el nieto en poder de su padre: e el nieto á quien fue dado este Guardador, deve estar en poderio del, con todos sus bienes, fasta que aya el

(1) Artículos 206 a 210 del Código civil.

mozo cumplidos catorce años e la moza los doce.» En esta ley se establece la tutela testamentaria tomando por fundamento para la institución la patria potestad, del mismo modo, bajo los mismos supuestos y doctrina que se reconocía en el Derecho romano, y que tomaba origen del texto de Las Doce Tablas expresado en estos términos: «Paterfamilias uti legassit super pecunia tutelave sua rei, ita jus esto.» Clara y terminante se presenta la ley, en sí misma comprende toda su explicación: cuanto acerca de ella se dijera tan sólo podría conducir a oscurecerla, y, sin embarga, en su base fundamental, y, por consiguiente, en sus más precisas e inmediatas consecuencias, se encuentra modificada. Desde que por la ley 47 de Toro, como en su oportuno lugar dejamos expresado, se determinó definitivamente el supuesto de que al casarse el hijo o hija salieran completamente de la patria potestad, ya no es posible admitir que al abuelo por tal poderío se atribuya la facultad de nombrar por testamento tutores a sus nietos, ni aun para el caso de que a su muerte, por haber ya acontecido la del padre, resultaran huérfanos o libres de la patria potestad. Habiendo, por lo tanto, concluído la causa o razón de concederse al abuelo el nombramiento de tutores testamentarios para sus hijos, necesariamente hay que admitir la negación del efecto o de sus consecuencias; mas no por esto queda el abuelo absolutamente privado del derecho, porque si bien se le niega bajo un concepto, por la misma razón hay que concedérselo en otro, como vamos a demostrar.

Dice la ley 6.ª del mismo título 16, Partida 6.ª: «La madre que faze testamento, en que establesciesse por sus herederos á sus fijos, que non oviessen padre, bien les puede establescer Guardador en él. Pero tal Guardador como este non puede usar, en ninguna manera, de los bienes del mozo, á menos de ser confirmado del Juez del lugar, do son los bienes: e el Juez develo confirmar, e otorgarle guarda dellos, si non fuere atal, á quien defiendan las leyes deste nuestro libro que lo non sea. Mas si la madre non establesciesse por su heredero al fijo, non le podria dexar Guardador, magüer le dexasse, de otra guisa, alguna par-

tida de sus bienes. Pero si acaesciesse que lo fiziesse, si gelo quisiesse confirmar el Juez, valdria; mas non de otra guisa.» No ya como fundada la facultad en la patria potestad, puesto que no la tenía, se le concede a la madre en esta ley la de nombrar tutores a sus hijos huérfanos, en sentido de haber perdido al padre, pero exigiendo dos condiciones: primera, la de que en el mismo testamento en que se le nombra tutor se instituya por heredero al huérfano; segunda, la de que el nombramiento sea confirmado judicialmente; y es muy de notar que la ley, supuesta la primera condición, impone al juez como un deber la segunda, y negada la primera, y aunque la madre haya dejado al huérfano alguna partida de sus bienes, ya extiende la facultad judicial, de modo que queda por completo a la voluntad del juez el nombramiento del guardador, que sólo será válido si es confirmado.

Dice la ley 8.ª: «Tambien al fijo de barragana, como al que fuere de muger legitima, puede el padre dar Guardador á su finamiento, que guarde á él, e á los bienes en que lo fizo su heredero. Pero este Guardador atal non se puede trabajar de la guarda del huerfano, nin usar de los bienes del, á menos de ser confirmado por el Juez del lugar. Otrosi dezimos, que si algun ome establesciere en su testamento por su heredero á algun huerfano estraño, que le puede dar Guardador en aquel mesmo Testamento: e este Guardador atal deve ser confirmado del Juez, segun diximos del otro. E aun dezimos, que los Guardadores que son escritos en los testamentos, pueden ser establescidos, simplemente, e á tiempo cierto, ó so condicion, segun que fuere su voluntad del fazedor del testamento.» Ya en esta ley se extiende la facultad de nombrar guardador de los hijos naturales y hasta de los extraños, si bien siempre bajo las dos mismas condiciones de ser instituídos los huérfanos herederos por aquellos que los sujetan a la tutela y confirmados los nombramientos por el juez; y es muy de observar, refundiendo a un solo concepto lo determinado por ambas leyes, que sólo se imponga al juez el deber de la confirmación en el único caso de ser nombrado el tutor por la madre, institu-

yendo al mismo tiempo por heredero al huérfano; de modo que los otros tres, es decir, cuando la madre nombra tutor sin instituir heredero al huérfano, cuando el que hace el nombramiento es el padre natural, o cuando es algún extraño, supuesta en estos dos casos la institución de heredero, no se impone al juez el deber de la confirmación, dejándolo, por consiguiente, a su voluntad y buen criterio. Entre los romanos se admitió también el recurso de la confirmación para que pudieran ser tutores testamentarios los nombrados por las personas que no tenían la patria potestad sobre las que querían constituir en tutela, y distinguían si el juez, que era el pretor, debía proceder con o sin inquisición. Cuando era el padre el que nombraba el tutor viciosamente porque no tenía la patria potestad, o porque no lo hacía en testamento o en codicilo confirmado por testamento, la confirmación se hacía sin necesidad de inquisición: sin ella, por lo tanto, eran confirmados los tutores dados por los padres, o en codicilos no confirmados por testamento, o a los hijos naturales nombrados herederos, o a los emancipados. Mas si era la madre la que instituyendo heredero a su hijo le nombraba tutor, o el padre natural sin instituír heredero a su hijo, o cualquier otro que por estar ya fuera de estas condiciones se le calificaba de extraño, el pretor debía inquirir las razones de conveniencia y sólo confirmar el nombramiento cuando, a su juicio, resultara beneficioso. Indudablemente, al formar las dos citadas citadas leyes se tuvo presente toda esta doctrina, se consideraron todos estos preceptos y distinciones, pero no se siguieron rigurosamente, y, por el contrario, se modificaron, viniéndose a determinar que la confirmación se hiciera sin inquirir en un solo caso, que precisamente era uno de los que por el derecho romano necesitaban inquisición, cual es el de ser nombrado el tutor por la madre para su hijo huérfano a quien instituye heredero. La modificación aparece muy fundada, porque los autores de las Partidas no podían prescindir por completo, y por más que quisieran seguir las máximas del derecho romano, de la gran potestad que el derecho godo concedía a las ma-

dres sobre sus hijos. Pero hemos dicho que íbamos a demostrar que si bien a los abuelos, después de la ley 47 de Toro, era preciso negarles la facultad de nombrar tutores a sus nietos, emanada de la patria potestad, había que concedérseles bajo otro concepto, y ya resultan expuestas las razones justificativas de nuestra proposición. En las leyes de las Partidas se permitía el nombramiento de tutores a la madre y hasta a los extraños, y nada se dice en las dos leyes que venimos examinando respecto de los abuelos, porque a su muerte, o dejaban hijos padres de sus nietos, en cuyo caso no podían dar a éstos tutor, o por quedar los nietos huérfanos, los abuelos podían nombrarles tutores, en virtud de la patria potestad; mas faltando este fundamento, viene a resultar que es imposible negar al abuelo lo que a un extraño se concece, y, por consiguiente, que debe admitirse como inconcusa la proposición de que el abuelo pueda nombrar a sus nietos tutor instituyéndolos herederos, y que deberá ser confirmado por el juez, si bien sea con inquisición, porque el rigorismo de esta doctrina también ha venido a modificarse por la ley de Enjuiciamiento civil, como más adelante tendremos ocasión de explicar.

Por el mismo calificativo se comprende que el nombramiento de tutor testamentario debe hacerse en testamento, y de este supuesto parten todas las leyes citadas, como se nota en su literal contexto. Habría de ello que deducir que el testamento era el único modo de instituir esta especie de tutela; sin embargo, atendiendo a que en los codicilos, conforme a la legislación posterior a la de las Partidas, y según en su oportuno lugar examinaremos, se requiere para su validez que concurran las mismas solemnidades que en los testamentos abiertos o nuncupativos, la mayor parte de los autores siguen la opinión de que también será válido el nombramiento de tutor hecho en codicilo otorgado con todos los requisitos legales. Hemos indicado que los romanos admitían la validez de la tutela nombrada por el padre en testamento o en codicilo confirmado por el testamento, y aun la de la que se hacía en co-

dicilo no confirmado, si bien en este caso se suplía la falta con la confirmación judicial, que debía otorgarse sin inquisición. Es indudable que el concepto que se determina por medio de esta distinción, en último término se reduce a fijar cuándo el juez debe confirmar, y cuándo queda a su libre voluntad y recto criterio el hacerlo o no, porque la inquisición no es otra cosa que la averiguación de las causas o razones que se presentan en pro o en contra de la afirmativa para decidir el juicio. Si, pues, la inquisición se impide, el juicio se imposibilita, viniendo a resultar que el acto se impone al juez como obligatorio, puesto que se le manda, prohibiéndole juzgar. Por el contrario, tan pronto como se le permite, aún más, se le ordena la inquisición, necesariamente se le concede el juicio, y hasta arbitral, encomendándolo únicamente a su criterio racional, porque en lo contradictorio y absurdo se incurriría si se le permitiera y aun mandara investigar y averiguar las razones o causas que pudieran existir para decidir la afirmativa o negativa, y al mismo tiempo se le privara de la libertad en la decisión. De estas consideraciones, lógica y jurídicamente se deduce que la distinción de confirmar con y sin inquisición, traducida al lenguaje vulgar, significa: confirmar sin inquisición, tener necesariamente que confirmar; confirmar con inquisición, poder libremente confirmar o no, según el recto criterio judicial. Si, pues, entre los romanos, el tutor nombrado en simple codicilo tenía que ser confirmado, entre nosotros, y desde que los codicilos, para que sean válidos, tienen que ser otorgados con las mismas solemnidades que los testamentos abiertos, a todas luces aparece fundada y hasta incuestionable la opinión de los que sostienen la validez de la tutela instituída en codicilo. Los romanos tuvieron que inventar la fórmula de confirmación sin inquisición, para llegar por este medio a establecer los casos en que el nombramiento de tutor testamentario sería válido, a pesar de no estar comprendidos en los principios fundamentales de la doctrina. Concretándonos al punto preciso en que nos ocupamos, y hasta tomándolo por ejemplo, resultaría que sentaban como prin-

cipio fundamental que el tutor testamentario debía ser nombrado en testamento; admitían, sin violencia, que también pudiera nombrarse en codicilo confirmado por el testamento, porque, aunque indirectamente, o mediante un hecho o causa de enlace, ya podían referir la idea al mismo testamento; pero llegando al simple codicilo, se encontraban que el concepto ni inmediata ni mediatamente podía tener relación con la causa principal, y por no incurrir en la contradición de que sin testamento pudiera haber tutor testamentario, acudieron a ordenar la confirmación forzosa o sin inquisición. Todo esto estaba muy conforme con el rigorismo de su jurisprudencia; pero entre nosotros, sin repugnancia alguna, sin temor a contradicciones, sin ningún inconveniente y con notorias ventajas, se puede y debe reconocer que el nombramiento de tutor hecho en codicilo debe tenerse por válido y eficaz.

Pasando ya a examinar los conceptos o modos de hacerse el nombramiento de tutor testamentario, nos encontramos con la ley 8.ª del citado título 16, Partida 6.ª En su primera parte declara que el padre puede nombrar tutor de sus hijos a cualquiera de sus siervos; que si el nombrado es mayor de veinticinco años, por el mero hecho del nombramiento queda libre y apto para ejercer la tutela, y si menor de esa edad, aunque también adquiera la libertad, no entrará en el ejercicio del cargo hasta que la cumpla. Dice también que si el nombrado es siervo ajeno, ni adquiere la libertad ni debe ejercer el cargo. La segunda parte está concebida en estos términos: «Otrosi dezimos, que quando el padre establesciesse á alguno por Guardador de sus fijos, que lo debe nombrar, e señalar, de manera que lo puedan saber ciertamente, qual es. Ca si acaesciesse, que nombrasse á uno por Guardador, e oviesse y otro que oviesse aquel mismo nome, si non pudiessen saber ciertamente, qual dellos fuera su intencion que lo fuesse, estonce non lo deve ser ninguno dellos.»

Clara y terminantemente se ve en estas palabras copiadas de la ley que el tutor se ha de nombrar en el testamento de manera que no resulte duda ninguna acerca de la per-

sona, y, hasta tal punto, que cuando la duda se presente entre dos, ambos deben ser excluídos; sin embargo, la ley, que toma para suponer la duda la coexistencia de dos personas que lleven el mismo nombre, sólo excluye a los dos cuando no pudiesen saber ciertamente cuál de ellos fuera su intención (la del testador) que lo fuese, con lo que se manifiesta que, aunque exista la identidad de nombres, si por cualquiera justa y apreciable razón puede resolverse y determinarse el concepto, deberá ser aceptado por tutor aquel a cuyo favor resulte la probanza.

El tutor testamentario puede ser nombrado simplemente y con condición, hasta cierto día y para desde cierto día, conforme se determina en la última parte de la ley 8.ª que dejamos copiada. Según su literal contexto, la facultad del testador es omnímoda respecto de este punto, y por inconcuso debe tenerse que cuanto sobre ello declare o determine debe verificarse conforme a su voluntad. Sin embargo, esto, que aparece tan claro y sencillo, es tal vez lo que produce más dudas y dificultades de todo cuanto hay que considerar en la materia, y, hasta tal punto, que si bien tenemos ya que empezar a considerarlo porque el orden de la exposición así lo exige, no podremos llegar a resolverlo hasta después de comprender otras particularidades que como antecedentes y supuestos deben concurrir a la cuestión. Iniciándola, pues, desde luego diremos que consiste en cuál de las otras dos tutelas, la legítima o la dativa, debe venir a suplir la falta de la testamentaria cuando, existiendo un nombramiento, no pueda el nombrado ejercer el cargo, o por no haber llegado el día, o por haber ya pasado, o por oponerse a ello alguna condición. Con esta indicación se comprenderá que la cuestión propuesta es el punto de enlace de las tres clases de tutela, y aun por esto lo dejamos para cuando, tratando de la dativa, que es la que constituye el complemento de la institución, podamos hacerlo con los antecedentes necesarios.

SECCIÓN TERCERA

DE LA TUTELA LEGÍTIMA (1)

Tutela legítima.—Recuerdo de lo dicho acerca de la guarda de los hijos por la madre después de la muerte del padre en las leyes visigodas. — Guarda legítima en el Fuero Juzgo.—Guarda de los huérfanos en el Fuero Viejo y en el Fuero Real.—Idea primordial del consejo de familia.—La tutela legítima según las Partidas.—Su fundamento en el Derecho romano y en las Partidas.—Clases o especies de tutela legítima.—Personas llamadas a ejercer la tutela legítima según la legislación de origen romano y la ley 47 de Toro. — Si el abuelo materno debe ser preferido a la abuela paterna, o al contrario.—Tutela de los patronos, de los padres y fiduciaria.

Hemos dicho en el capítulo 1.° que en nuestra legislación, de origen godo, no habíamos encontrado la tutela testamentaria; hemos copiado y comentado las leyes en que se determinan los derechos de la madre, respecto de la guarda de sus hijos, después de la muerte del padre, y hemos dicho que si a esta guarda quería llamársele tutela, era preciso reconocer que entre las legítimas resultaba tan privilegiada, que venía a constituir una potestad en todo semejante a la paterna, si bien, para distinguirla de ésta y de la verdadera tutela, debiera llamársele materna. La potestad de la madre aparece en las leyes visigodas y en las que de ellas toman origen preceptuada en primer término, si bien voluntaria y aun condicional, pues tan sólo puede ejercerla mientras permanezca viuda; no puede competir con la tutela testamentaria por la sencilla razón de que ésta no se reconoce, pero si se le quiere llamar tutela legítima, supuesta la voluntad e indicada condición, es la primera y excluye todas las de su clase, y con mucha más razón la dativa.

La ley 3.ª, título 3.°, libro 4.° del Fuero Juzgo, establece la guarda legítima con la graduación o en los términos siguientes: «si el padre fuere muerto la madre deve aver

---

(1) Artículos 211 a 230 del Código civil.

los fiios de menor edad en su guarda, si ella quissiere e si non casare»: he aquí, como ya hemos indicado, que la guarda en la madre es voluntaria y condicional. Sigue la ley: «E si la madre se quissiere casar, e alguno de sus fiios fuere de edad de XX annos hasta XXX, este deve aver los otros hermanos e sus cosas en guarda». El requisito de necesitar veinte años para ser guardador de sus hermanos se explica notando que ya a esa edad se concedían derechos latísimos, en términos de casi poder decir que a los que los cumplían se consideraban ya mayores, si bien para algunas cosas se requería el cumplimiento de los veinticinco; mas para lo que no encontramos ningún género de explicación es para que, una vez fijado el mínimum de la edad en veinte, se fije el máximum en treinta. Tenemos, pues, que achacarlo a un error de traducción o concepto, y afortunadamente podemos fundarnos para ello en que en el texto latino absolutamente nada se dice de semejante edad, y sí sólo se determina que el mayor de veinte años ejerza la guarda de sus hermanos menores. Sigue la ley: «E si los hermanos non fueren de tal edad ó de tal discrecion que devan aver los otros en guarda; estonze el tio ó el fiio del tio deve aver la guarda dellos en tal manera, cuemo dixiemos del hermano. E si el tio ó el fiio del tio non es tal, que lo deva aver, estonze el iuez lo dé á alguno de los otros parientes». He aquí la graduación establecida por la ley, y es muy de notar que en la traducción o texto romanceado se varía completamente el concepto que aparece en el latino; en el romanceado se concede al juez la facultad de dar guardador, si bien limitándola a tenerlo que elegir entre los parientes, y en el latino se dice: «Quod si nec patruus, nec patrui filius, qui digne tutelam suscipiat orphanorum fuerit, tunc tutor ab aliis parentibus in presentia judicis eligatur». Por manera que por el romanceado, a falta de la madre, entra el hermano; a falta del hermano, el tío, y a falta de éste, el primo, siendo hasta aquí forzosa la graduación; pero si no existen los en ella comprendidos, o los existentes no pueden o no deben ejercer el cargo, el juez es el que debe elegir entre los parientes, y por el romanceado, los

parientes son los que eligen a presencia del juez. No deja de ser interesante esta particularidad, que también observaremos en leyes posteriores, y que por ahora no podemos hacer más que indicar. En la que estamos examinando, y mezclados con los párrafos que hemos copiado, se encuentran otros preceptos relativos a inventarios, fianzas y otras obligaciones de los guardadores, y también en la siguiente, 6.ª del mismo título, se comprenden prescripciones sobre los mismos extremos y sobre restitución, de que, prescindiendo también por ahora, nos ocuparemos en sus lugares oportunos.

En el Fuero Viejo se dedica a tratar de la guarda de los «güerfanos e de suos bienes» el título 4.º del libro 5.º, y en su ley o capítulo 1.º se dice: «Quando ome, ó muger muer e deja fijos chicos que no sean de edat, e dejalos el padre, ó la madre heredat ó mueble, devenlos tomar los parientes mas propinquos á ellos, e sus bienes deven ser arrendados á quien mas dier por ellos.» Sigue la ley, y todas las del título, preceptuando sobre administración y casos en que pueden venderse los bienes y modos de hacerse las ventas, de todo lo que por ahora prescindimos, pues de ello más adelante tendremos que ocuparnos; pero no podemos prescindir de una idea que, si bien aparece en la ley citada como mera determinación de un punto muy secundario, tiene grandísima significación. De las palabras copiadas parece que se desprende la consecuencia de que muerta la madre, y aun viviendo el padre, los hijos de menor edad deben recaer en la tutela de sus parientes más propincuos. Como esto está en completa contradicción con todos los principios reconocidos y preceptos establecidos, no sólo por la legislación romana, sino también por la goda, podría achacarse a mala redacción, motivada por la imperfección del lenguaje en aquellos tiempos; pero tal modo de salir de la dificultad no cabe, por rechazarlo lo que a continuacion se declara en la misma ley. Se expresa en las palabras copiadas que, constituídos los niños en la guarda de sus próximos parientes, los bienes deben ser arrendados a quien más diese; declara en seguida que en esta su-

basta los parientes que tengan a los niños deben ser preferidos por el tanto a otros, y dice en seguida: «E si el padre ó la madre, ó el uno dellos que finca vivo lo quissiere tanto por tanto haya herederamiento e tenga sus fijos e suos bienes», de modo que resulta indudable que si el padre no quiere dar por el arrendamiento de los bienes lo que otro ofrezca, pierde la guarda de sus hijos y sus bienes. Siendo esto notoriamente opuesto y contradictorio a cuanto se reconoce en la materia, creemos que debe interpretarse por medio de una distinción, que consiste en separar las personas de las cosas: los hijos deberán estar en poder del padre, y aun en poder de la madre si el padre es el que ha muerto, siguiendo las máximas y doctrinas de la legislación goda, de la cual toma su origen la ley que estamos examinando, como traída al Fuero Viejo de los Fueros de Burgos, y los bienes serán los que únicamente deben entregarse en arrendamiento a otro si el padre o madre no diere tanto por ellos; y esta interpretación, que vendrá a confirmarse con el examen de otras leyes posteriores, hasta puede fundarse en que a continuación declara la que ahora nos ocupa que si los extraños dieren por los bienes más que los parientes, deben dárseles los bienes, y no dice en manera alguna que se les den o pongan bajo su guarda los huérfanos; supone, por consiguiente, lo mismo que hemos notado en la ley del Fuero Juzgo: que el cuidado de las personas no debe nunca salir de los parientes.

Llegamos al Fuero Real, en el cual, lo mismo que en los anteriores, se hace caso omiso de la tutela testamentaria: se dedica a tratar de la guarda de los huérfanos y sus bienes el título 7.º del libro 3.º, y concretamente a la tutela legítima dice la ley 2.ª: «Si algunos huerfanos que sean sin edad fincaren sin padre ó sin madre, los parientes mas propinquos que hayan edad e sean para ello, resciban á ellos e á todos sus bienes delante el alcalde e delante homes buenos, por escrito, e guardenlos fasta que los huerfanos vengan á edad: e si no tuvieren parientes que sean para ello, el alcalde delos á guardar con todos sus bienes á algun home bueno y tengalos asi como es sobre dicho.» El texto

satisface por completo; sin embargo, es preciso considerarlo con alguna detención y en concordancia con otras disposiciones legales para evitar equivocadas interpretaciones. Dice la ley «si algunos huerfanos que sean sin edad fincaren sin padre ó sin madre», de lo que parece deducirse que aunque quede el padre, si falta la madre, los huérfanos deben ser constituídos en tutela. Tenemos, pues, aquí la misma duda, la misma contradicción que hemos encontrado al examinar la ley del Fuero Juzgo, y puesto que allá dijimos que por otras posteriores vendría a confirmarse nuestra interpretación, estamos en el caso de justificar nuestro aserto. Algunos tratan de salir de la dificultad suponiendo que la partícula *o*, con la cual resulta el concepto disyuntivo, debe ser *i* o *e*, para que sea copulativo y venga a determinar que cuando los huérfanos queden sin padre y sin madre, es cuando deben entrar en la tutela de sus más próximos parientes; pero no esto, sino otra cosa más sencilla y natural y más terminantemente expresada en el texto legal. Al morir el padre, si vive la madre, ella es la parienta más próxima; si muere la madre y sobrevive el padre, nadie puede tampoco disputarle la mayor proximidad de parentesco; todo, pues, se reduce a establecer sintéticamente, y en una proposición absoluta, que cuando el menor de edad pierda a su padre o a su madre, debe ser guardado, así como sus bienes, por los parientes más próximos, y aun esta declaración se hacía necesario para concluir con la distinción que hemos tenido que hacer al comentar la ley del Fuero Viejo: al perder el niño su madre, puede adquirir por herencia bienes maternos; y nótese que aquella ley supone la realización de esta posibilidad, y para este caso establece que no la persona, y sí los bienes, sean entregados al que dé en arrendamiento más por ellos, y en la que ahora estamos examinando se destruye por completo la distinción. Es cierto que habla de recibir los huérfanos y sus bienes, y que esto no puede referirse al padre respecto de las personas; pero todo se reduce a que al sentar la regla general concluye hablando de los parientes y refiere a ellos la idea, sin temor de incurrir en contradicción

ni confusión, por lo mismo que al padre no puede referirse. Si el padre existe, no tendrá que recibir en guarda a sus hijos, porque ya los tiene en su poder, pero sí tendrá que recibir en guarda los bienes de sus hijos, porque no como propios, y sí como ajenos, deben custodiarlos y conservarlos, y si no existe, los parientes tendrán que recibir en guarda los huérfanos y sus bienes, y he aquí perfectamente comprendida la idea y expresada de un modo que a todas luces manifiesta el grado a que en aquella época habían llegado los conocimientos jurídicos.

En entera conformidad y comprobación de esto mismo, viene en seguida la ley 3.ª del mismo título, que dice así: «Si el padre muriere, e fijos del fincaren sin edad, la madre, no casando, tome á ellos, e á sus bienes si quisiere, e tengalos en su guarda fasta que sean de edad; e los bienes de los fijos rescibalos por escripto ante los parientes mas propinquos del muerto, y delante alguno de los Alcaldes: e si la madre se casare, no tenga mas á los fijos, ni á sus bienes en guarda, y el Alcalde con los parientes mas propinquos del muerto, den á ellos, y á sus bienes á quien los tenga en guarda, asi como dice la Ley de suso: e si la madre muriere, e fincare el padre, tengalos fijos, e á sus bienes, quier case, quier no e guarde á ellos y á sus bienes, asi como manda la Ley.» Ya de esta ley nos hicimos cargo, al hablar de la patria potestad, para justificar la proposición de que en nuestra legislación, de origen gótico, a la madre se concede un poderío mayor que el comprendido en los precisos términos de tutela; ya también la recordamos en el primer capítulo de este mismo título, y, sin embargo, nos hemos decidido a transmitirla íntegra por segunda vez, porque, prescindiendo de las cuestiones en aquellos lugares ventiladas, y de cualquier modo que sea, aunque se quiera negar a la madre viuda sobre sus hijos impúberos lo que hemos calificado materna potestad, siempre resultará que la guarda que se le concede es la más lata y preferente, si bien sea voluntaria, y con la condición de no contraer segundo matrimonio. Por lo demás, es muy de notar que, respecto del padre, se declara también del

mismo modo que en la anterior, aunque con mayor claridad, «que despues de la muerte de la madre tenga los fijos e á sus bienes», sin distinguir la patria potestad de la tutela, o, por mejor decir, confundiendo, como en la madre, los dos conceptos en uno solo, y acudiendo a la idea fundamental más que a las distinciones científicas. Para concluir, llamaremos la atención sobre algunas palabras de esta misma ley, de que después tendremos que ocuparnos para fijar la graduación de las tutelas, y que ahora debemos considerar con relación a otro objeto. Se ha hablado mucho, y como de cosa nueva, de la institución que se comprende en la fórmula de consejo de familia. Indudablemente pierde el mérito de la novedad tan pronto como se examina al través de la ley 3.ª, título 3.º, libro 4.º del Fuero Juzgo, que puede tomarse en este punto como original de la del Fuero Real. Al examinar aquélla, notamos que, según el texto latino, a falta de madre, hermano, tío o primo que ejercieran la guarda del huérfano, debía ser elegido el guardador por los otros parientes a presencia del juez. Según el texto castellano, el juez es el que debe dar guardador de entre los otros parientes, y, según la ley que ahora estamos examinando, «cuando la madre se casa pierde la guarda, y el Alcalde con los parientes más propinquos del muerto den á ellos e á sus bienes á quien los tenga en guarda». Prescindiendo de la traducción al romance, y tomando el texto latino como el verdadero original de la ley del Fuero Juzgo, aparece la concordancia de estas dos leyes en la idea de que los parientes, con el juez o alcalde, sean los que verdaderamente nombren el guardador, a falta de los llamados directamente a ejercer el cargo; y he aquí establecida la base fundamental, la idea primordial de la institución del consejo de familia. Es también muy de advertir que en la ley del Fuero Juzgo, antes de llegar al caso defectivo en el cual los parientes con el juez deben elegir el guardador, se consigna la graduación que ya dejamos repetida, y en la ley del Fuero Real se pasa inmediatamente del supuesto de que la madre deje la guarda por casarse al precepto de que los parientes más propincuos, con el

alcalde, den guardador a los huérfanos, de modo que aparece que la única tutora verdaderamente legítima es la madre, y que cuando se imposibilita para el cargo se incurre en la tutela dativa, si bien quien debe darla sean los parientes con el juez. Esto es tanto más de reparar cuanto que en la ley anterior, 2.ª del mismo título, suponiendo que los huérfanos queden sin padre y sin madre, los parientes más propincuos son los que deben recibir a los huérfanos, y concordando los dos modos de expresión de que usan las leyes, aparece, por sus verdaderas significaciones, que, a falta del padre, la madre guarda a sus hijos, y cuando ésta falte, los reciban, es decir, los amparen todos los parientes más propincuos, y ellos, con el alcalde, sean los que elijan y determinen la persona que definitivamente ha de ejercer la guarda.

Considerando en conjunto estas disposiciones, se viene a parar en que en nuestra legislación, de origen godo, la tutela legítima, hasta cierto punto, se confunde con la dativa, pues nunca se concede al juez exclusivamente dar tutor, y más bien se llama al ejercicio del cargo a los parientes, concediéndoles el modo de que por ellos mismos, y mezclándose la autoridad pública, venga a determinarse definitivamente quién ha de ser guardador. ¿Por qué se habrá abandonado esta doctrina? Indudablemente, por seguir la del derecho romano. Pero ¿cuál de las dos es mejor? No tratamos de resolver tan elevada cuestión; sin embargo, diremos que esa que parece tan grande novedad, que todo eso del consejo de familia, en sus más sublimes teorías y más exactas conclusiones, viene a reducirse a que el juez y el tutor, en los negocios de la tutela, acudan, para las decisiones, a buscar lo recto, por medio de las luces o conocimientos que puedan suministrarle los parientes del huérfano, y, en último resultado, a preferir las doctrinas del derecho godo a las del derecho romano. Lo contrario ha sucedido hasta ahora; lo contrario es lo que tenemos por vigente. En esta materia, nos dirigimos por el derecho de las Partidas, que es el verdadero derecho romano, aunque con algunas ligerísimas modificaciones; procederemos,

pues, a examinar la tutela legítima, conforme se encuentra establecida en las leyes de las Partidas, pudiéndolo hacer ya desembarazadamente, y distinguiéndola de la dativa, después de haber considerado lo referente a las dos por el derecho godo, porque en él, según dejamos expuesto, se encuentran los dos conceptos tan unidos, que no hay posibilidad de examinar el uno sin el otro.

La tutela legítima, según la ley 2.ª, título 16, Partida 6.ª, es la que compete al pariente más próximo del huérfano cuando el padre no ha instituído tutor en su testamento: el guardador, en tal caso, se llama legítimo, porque es dado directamente por la ley. Entre los romanos, así como tomaban por fundamento primordial para la tutela testamentaria la patria potestad, según las leyes de las XII Tablas, admitían para la legítima el derecho de heredar ab intestato, y decían: *Ubincuque est successionis emolumentum, ibi et onus tutelæ esse debet,* dando a esta idea tan elevado carácter, que llegaban a considerarla, más que como precepto establecido, como principio reconocido. Sin embargo, algunos han pretendido encontrar inexactitud en este fundamento, alegando que no es muy racional el entregar el pupilo y sus bienes al cuidado de las mismas personas que deben heredarlo, mucho más atendiendo a que, durante la edad pupilar, no puede hacer testamento. Esta argumentación no deja de ser fundada, y hasta considerada ha sido en las mismas leyes de Partida, como se ve en la 19, dicho título 16, por la cual se determina que si el padre no ha designado las personas con las cuales ha de vivir el pupilo, debe el juez escoger con mucho cuidado un hombre bueno, que lo ame y procure su provecho, y que sea tal que no tenga derecho a heredarle. Concordando unas disposiciones con otras, y al ver que a los tutores legítimos se exigen más circunstancias de garantía que a los otros, como, siguiendo el curso de esta materia, tendremos ocasión de notar, creemos que, sin admitir absolutamente la consecuencia que se deduce de la argumentación, debe apreciarse en mucho, quedando al prudente arbitrio judicial la aplicación, tomando en cuenta las circunstancias especiales con que se

presenten los casos que haya de determinar, porque si bien es cierto que el interés muchas veces induce al crimen, no se puede admitir esta suposición como regla general, antes al contrario, debe rechazarse por ofensiva a la moral. Y, efectivamente, ¿qué cosa más repugnante que el admitir como absolutamente cierto que los hombres, por su propia utilidad, en intereses materiales, han de faltar a sus deberes, tanto más separados cuanto más robustecidos se encuentran por razones naturales? Habrá de reconocerse la posibilidad del supuesto, mas nunca, en términos generales, su certeza, y las leyes, para sus disposiciones, jamás deben fundarse en lo posible, sino en lo cierto, si bien traten de precaver los inconvenientes más o menos probables; por eso han adoptado por fundamento lo que no puede menos de reconocerse cierto, porque emana de la Naturaleza: el afecto y cariño que produce el parentesco, y han tomado precauciones contra la posibilidad de que éste falte o ceda a otra pasión. No se trata, por consiguiente, de tachar la tutela de los parientes, porque contra ella se puedan hacer algunas objeciones; no se trata de buscar lo absolutamente perfecto, porque esto en lo humano es absolutamente imposible, y reconózcase que las leyes, con alta filosofía, han adoptado lo bueno, procurando evitar lo malo. Pero por satisfactorio que sea el resultado de estas consideraciones, nos atrevemos a creer que lo sería más el que produjera el sistema godo: si a falta de padre y de madre y de tutor testamentario se determinara quién debiera serlo por los parientes más propincuos, con la intervención de la autoridad pública o judicial, podrían removerse los inconvenientes que en cada caso concreto se ofrecieran, sin violencia, sin agravio de nadie y sin la exposición de tener que llevar lo general a lo particular con completa abstracción de las circunstancias especiales.

Los romanos, por su antiguo derecho, una vez reconocido el principio, comprendían toda la materia en sus legítimas consecuencias, y para ello dividían por decirlo así, la tutela legítima en cuatro clases o especies, a saber: la de los agnados, la de los patronos, la de los padres y la fidu-

ciaria. No podían admitir la regla general del parentesco, porque no era el supuesto verdadero del derecho hereditario, y, aunque brevemente, tenemos que ocuparmos de esta distinción. En la idea de parentesco se comprendía la agnación y la cognación, pero reconocían además otra relación, que era la de gentilidad, y se tenían entre sí por gentiles todos los que llevaban un mismo nombre, aunque no fuera por ser consanguíneos. La idea general o más extensa era, por lo tanto, la de gentilidad, *gens*, y en este concepto se llamaban gentiles; dentro de ella se distinguía la familia de la gente: la familia la formaban los consanguíneos, los que tenían la misma sangre, y que se dividían en agnados y cognados; damos por sabida la significación de estas voces y excusamos repetir su explicación. Los cognados estaban excluídos de la herencia intestada, y después de los agnados entraban los gentiles, y aun por esto tenían mucho cuidado de distinguir las personas por su nombre propio, por su gentilidad y por su agnación, llamando a la palabra con que significaban lo primero prenombre; a la que usaban para expresar lo segundo, nombre, y a la que determinaba lo tercero, cognombre. Marco Tulio Cicerón significa, por lo tanto: Marco, en nombre propio; Tulio, la gentilidad o gente a que pertenecía; Cicerón, la agnación; es decir, no sólo la idea de familia o de consanguinidad, sino con toda especificación y precisión el ser descendientes de los Cicerones sin interposición de hembra. A la tutela, por consiguiente, eran llamados por el mismo orden que a la herencia intestada, primero los agnados, y entre ellos los más próximos, y segundo los gentiles; y como la gentilidad se adquiría por manumisión, porque eran gentiles entre sí el patrono y el liberto, resultaba que la primera especie de tutela legítima era la de los agnados, y la segunda la de los patronos; de modo que cuando era emancipado un esclavo dentro de la edad pupilar, quedaba en la tutela del que había sido su dueño, porque, si moría sin hacer testamento, su patrono lo heredaba. La tercera especie de tutela legítima era la de los padres: el que tenía padre no podía tener tutor; pero esto consistía, como ya dejamos explicado, en

que no era persona de su propio derecho, porque estaba sujeto a la patria potestad; por la emancipación se removía la causa impediente, pero si el emancipado estaba en la edad pupilar necesitaba tutor, y la tutela correspondía al padre, ya como más próximo agnado, ya como patrono, puesto que la emancipación se manifestaba por una triple manumisión. A la cuarta de las tutelas legítimas llamaban fiduciaria, y era la que competía a los hermanos del pupilo emancipado y que había perdido a su padre: tomaban el calificativo de fiduciaria, que era el pacto o contrato por el cual uno entregaba a otro una cosa, encomendando a la buena fe del que la recibía su devolución; y como en la fórmula de la emancipación, en cada una de las ventas se suponía que el comprador había de devolver al vendedor el emancipado, venía a realizarse el concepto, y filosóficamente lo atribuían a la tutela que ejercían los hermanos en el caso indicada, por distinguirla de la del padre, y también porque les competía en virtud del principio reconocido, puesto que eran sus herederos abintestatos como agnados. Esto, como hemos dicho, era por el antiguo derecho romano, mas no así por el moderno o justiniano, en el cual no pueden menos de reconocerse las modificaciones consiguientes a la variación introducida por el capítulo 4.º de la Novela 118, que vino a destruir la diferencia entre agnados y cognados relativamente al derecho hereditario. Desde entonces el principio de que donde está el beneficio de la herencia debe estar el cargo de la tutela, aunque subsistente y con la misma fuerza que en lo antiguo, tiene que aplicarse sin las antiguas distinciones, admitiéndose, por consiguiente, lo mismo a los agnados que a los cognados, y en cuanto al padre y al hermano también será necesario tomar muy en cuenta las modificaciones introducidas en la materia de emancipación; por manera que el principio reconocido para determinar la tutela legítima en nada se ha relajado, y, por el contrario, de él puede decirse que constantemente en el derecho romano conservó el mismo vigor.

Con estos antecedentes podemos ya entrar en el exa-

men de cuáles son las personas que por nuestra legislación, de origen romano, están sucesivamente llamadas a ejercer la tutela legítima. Dice la ley 9.ª del citado título 16, Partida 6.ª: «Sin testamento muriendo algun home, que oviesse fijos, e non les oviesse dado Guardador; ó si fiziesse testamento, e non les dejasse en guarda de ninguno; ó si les dejasse Guardadores, é se muriessen, ante quel padre dellos, si los mozos non ovieren madre, nin avuela, mandamos, que los parientes mas cercanos que ovieren, e que estoviesen en un mismo grado, sean Guardadores dellos, e de todos sus bienes. E estos guardadores atales son llamados, legitimos..... Mas si los huerfanos sobredichos oviessen madre ó avuela, que quisiesse guardar los huerfanos, e sus bienes; estonces dezimos, que la madre lo puede fazer, ante que ninguno de los otros parientes; solo, que sea buena muger, e de recabdo. Pero deve dar, e facer á los mozos, primeramente, tal seguranza, como de suso diximos en la sesta ley ante desta. E si madre non quisiere entremeterse desto, puede estonces el avuela aver la guarda dellos.» Aplicable por completo es la primera parte del texto literal de esta ley en el estado actual de la materia a que se refiere, y, sin embargo, su verdadero significado está en abierta oposición con las doctrinas y preceptos vigentes. Esta distinción, que hasta podría llamarse contradicción, resulta de haberse modificado el supuesto de la patria potestad, según las leyes de las Partidas, por la ya tantas veces citada 47 de Toro, y de esto mismo viene a hacerse necesaria la detenida consideración sobre la primera y segunda parte, pues sin ella con facilidad podría incurrirse en la confusión y hasta en el error.

Establece en la primera parte que si a la muerte del padre no existe tutor testamentario se encomiende la guarda de los mozos y sus bienes a los parientes más cercanos que estuviesen en el mismo grado: esto puede tomarse por regla general; sin embargo, ya se nota en ella una indicación, cual es la que se desarrolla en la segunda parte, al declarar que antes de ningún pariente debe ser preferida la

abuela, y aun antes de ésta la madre. La ley, en su totalidad, en concordancia con todas las del Código a que cocorresponde, resulta lógicamente exacta; pero tan pronto como se la considere en concurrencia con la 47 de Toro, viene a dar por resultado que prefiere la tutela de la abuela a la del abuelo, y esto no puede admitirse. Podría suponerse que en el llamamiento general de los parientes más cercanos estaban incluídos los abuelos, de modo que si el texto legal se redujera a esta primera parte, como ya hemos dicho, podría tener en la actualidad exacta aplicación; podría también reconocerse, dentro del mismo medio de expresión, que la madre podría ser preferida al abuelo por ser pariente más cercano; pero la explicación comprendida en la segunda parte, dando preferencia a la abuela sobre los parientes más cercanos, rechaza todas esas posibilidades. Resulta, por lo tanto, la necesidad de concordar lo antiguo con lo moderno para determinar lo vigente. La ley que estamos examinando no excluía o no postergaba el abuelo a la abuela; antes por el contrario, lo prefería a la misma madre, concediéndole, no la tutela, sino la patria potestad, pues tal era la doctrina de las leyes de las Partidas. La ley 47 de Toro le quitó la patria potestad; pero en lo absurdo, en lo contradictorio se incurriría si, por no encontrarse comprendido en un texto legal que en manera alguna podía comprenderlo, se le privara de un derecho que con mucha menos razón se concede a otra persona. Si sólo hubiera de atenderse a la legislación de origen romano, aun admitiendo que al abuelo se le negara la patria potestad, sería forzoso y consiguiente el conceder al abuelo la preferencia de la tutela legítima aun sobre la misma madre; pero aquí nos encontramos con la doctrina del derecho godo, con la preferencia que en él se establece en favor de la madre, con la que hemos llamado potestad materna, y por la cual, sin disputa, ha venido a reconocerse que la madre, con preferencia al abuelo, debe ser la tutora de sus hijos, si bien, en su defecto, la guarda, antes que a la abuela, pertenece al abuelo. Pero hay todavía más: es claro a todas luces que la abuela llamada a la tutela legítima

por las leyes de las Partidas, y a falta de madre, era la paterna; mas también en esto se ha introducido una pequeña modificación muy en armonía con la introducida en los principios fundamentales, y que consiste en admitir al cargo a la abuela materna, si bien considerándola en el último grado de las preferencias, de lo que viene a resultar que éstas se reconozcan por el orden siguiente: En primer lugar, la madre; en segundo, el abuelo paterno; en tercero, el abuelo materno; en cuarto, la abuela paterna; en quinto, la abuela materna, y en sexto y demás sucesivos, los parientes que resulten más cercanos; por manera que en la actualidad puede decirse, aun con más razón que lo que se decía en la ley de las Partidas, que la proximidad del parentesco constituye la verdadera razón del llamamiento, siendo, empero, preferible el sexo masculino al femenino, y en el mismo sexo, la relación de agnación a la de cognación para los casos en que se admite como tutoras a las hembras, pues sabido es, como pronto tendremos ocasión de explicar, que por regla general están excluídas del ejercicio de la tutela.

Gravísima sería la cuestión que se suscitara sobre si el abuelo materno debe ser preferido a la abuela paterna, o al contrario. La preferencia de la madre indudablemente se determina por la doctrina y máximas godas: la del abuelo paterno justa y lógicamente debe reconocerse, porque, siendo lo cierto que se le concedía la patria potestad por las leyes de origen romano, indispensable es concederle el segundo grado en la tutela, ya que se le postergue a la de la madre; pero las leyes de las Partidas no conceden al abuelo materno la patria potestad, y, por consiguiente, tan sólo estaba llamado a la tutela en concepto de pariente más propincuo, según la ley 9.ª, título 16, Partida 6.ª; sobre este llamamiento general, y con determinada preferencia, se atribuye el derecho de la tutela legítima a la abuela paterna en la misma ley 16, de lo que resulta que no hay ninguna razón legal que milite a favor de la preferencia del abuelo materno, y resulta la que la citada ley establece a favor de la abuela paterna. Sin embargo, bien sea por ha-

berse abolido desde el tiempo de Justiniano la diferencia entre agnados y cognados, bien por considerar que tan sólo en concepto de excepción se concedía a las mujeres el ejercicio de la tutela, y que lo excepcional nunca debe expandirse y sí siempre restringirse, lo cierto es que en la práctica constantemente se prefiere el abuelo materno a la abuela paterna, conforme a la graduación que ya dejamos expresada.

Ya hemos visto cómo se entendía en Roma la tutela legítima de los patronos, de los padres y la llamada fiduciaria, o sea de los hermanos: las tres están comprendidas y explicadas en la ley 10 del mismo título 16, Partida 6.ª, que dice así: «Aforrando algun ome su siervo que fuesse menos de catorce años, el señor debe aver en guarda á él, e á sus bienes; por que si tal aforrado como este moriesse, e non oviesse padre, nin madre, nin otro pariente, de aquellos que le debian heredar segun derecho, este su patron, que le aforro, heredaria todos sus bienes. E por ende guisada cosa es, que el que avia la pro heredando los bienes del, que sufra el cargo de ser su Guardador. Otrosi dezimos, que si el padre saca al fijo de su poder, que es menor de catorce años, que el lo deve aver en guarda, á él, e á todos sus bienes. E si el padre muriesse en ante que el mozo fuesse de edad, si el huerfano oviesse otro hermano que fuesse mayor de veynte e cinco años, él lo debe aver en guarda en lugar de su padre.» En el texto legal se encuentra el suficiente razonamiento para hacer innecesaria mayor explicación, mucho más teniendo ya expuestos todos los antecedentes, que son los tomados del derecho romano; sólo, por lo tanto, merece particular mención lo referente al llamamiento del hermano mayor de veinticinco años para la guarda del que estuviera en situación de necesitarla. Parece que la ley, en su última parte, se refiere al huérfano que hubiese sido emancipado, y así debe tenerse por cierto si se acude a los antecedentes ya expresados. Sin embargo, esto supuesto, inmediatamente se incurre en la dificultad de si al hermano mayor de veinticinco años deben ser preferidos la madre y los abuelos de ambos sexos

y por ambas líneas, o al contrario. Desde luego, hay que convenir en que, concretamente a la definición de las Partidas respecto del abuelo paterno, no cabe que se suscite la cuestión, porque si existe el nieto a la muerte de su padre, lo mismo que mientras viviera, estaba sujeto a la patria potestad de ese mismo abuelo, sin que de ella pudiera salir por la mera voluntad del padre, y tampoco por la muerte del padre sale de esta misma condición. Respecto del abuelo y abuela maternos, por el rigorismo de la misma legislación, tampoco cabe cuestión alguna, en razón a que no estaban llamados a la tutela, de modo que la duda sólo puede tener lugar, respecto al hermano del huérfano, cuando aparezca en concurrencia con su madre o abuela paterna. He aquí la cuestión sobre la cual francamente decimos que no hemos encontrado solución, ni por la legislación de las Partidas ni aun tampoco por la romana. Es, a nuestro modo de entender, uno de los puntos que quedaron indeterminados a la transición del antiguo al derecho moderno; antes de que Justiniano concediera a la madre y a la abuela el poder ejercer el cargo de la tutela, el llamamiento del hermano para el caso que estamos examinando estaba en un todo conforme con los principios reconocidos y preceptos establecidos; pero desde el establecimiento de tan notable variación, indudablemente aparece el precepto contra lo nuevamente reconocido, y, sin embargo, subsistente. Pero si así es por la legislación de origen romano, acudiendo a la nuestra, verdaderamente indígena, desde luego, y sin ninguna dificultad, considerando la extensión de la atribuciones de la madre, entre ella y su hijo, hermano del huérfano, no puede existir cuestión, pues hasta la calificación de huérfano habría de desecharse teniendo madre; pero, por las mismas razones indicadas, se extiende a los abuelos de ambos sexos y por ambos lados. Igualmente confesamos que no hemos hallado solución satisfactoria: por fortuna son muy raros los casos de la emancipación en los hijos mientras la edad pupilar; pero viéndonos obligados a exponer nuestra opinión para aquellos que puedan ocurrir, nos inclinamos a dar la preferencia a los

abuelos de ambos sexos y de ambas líneas sobre el hermano del pupilo, admitiéndose, por consiguiente, que lo mismo en el caso propuesto que en todos los que se comprenden en el concepto general sólo deberá ser llamado al ejercicio de la tutela el hermano a falta de madre y abuelos de ambos sexos y por ambas líneas, en la graduación ya expresada y como comprendido en la razón de la mayor proximidad en el parentesco.

La ley II del mismo título, y también la llamada de Enjuiciamiento civil, vienen a establecer el modo y forma de determinar quién de entre los comprendidos entre una misma graduación debe ser el que ejerza el cargo; pero como esto tiene relación no sólo con la tutela legítima, sino también con la testamentaria, nos reservamos el explicarlo para cuando tratemos del discernimiento, que es el verdadero medio de llegar a determinarlo.

SECCIÓN CUARTA

DE LA TUTELA DATIVA (1)

Tutela dativa. — Su razón se encuentra en la necesidad. — Carácter defectivo. — Confusión de la tutela dativa con la legítima en la legislación de origen godo. — Examen de la legislación de Partidas.—A quién se pueda dar tutela dativa.—Si el cargo es obligatorio o voluntario. — Graduación de los deberes del guardador.— Cuestiones que derivan del carácter defectivo de la tutela dativa. — Falta de tutor testamentario o de pariente que quiera ejercer el cargo. — Estudio del caso en el Derecho romano y en el de Partidas.—Si la tutela dativa se contrae al caso de la muerte del tutor testamentario o se extiende a todos los casos en que falte éste. — Quien debe dar la tutela dativa. — Sucinta indicación histórica y criterio nuestro. — Si es delegable la atribución de dar tutor, y si se puede establecer bajo condición y desde o hasta cierto día. — Tutor o curador para grandes de España. — La tutela dativa es obligatoria.

Podrá definirse la tutela dativa diciéndose la que el juez da cuando faltan la testamentaria y legítima. Desde luego

(1) Artículos 231 y 232.

se ve que este último término es el verdadero complemento de la institución, y se comprende su razón en la de necesidad. La sociedad debe proteger a todos los asociados cuando, por falta del padre y las demás personas enlazadas con otros vínculos más estrechos que el general, se incurre en la necesidad de que todos los demás miembros de esa misma sociedad, considerándose ligados con una obligación recíproca, concurran al amparo y protección del necesitado; mas como sería imposible que todos, simultáneamente o en conjunto, cumplieran esta obligación, por necesidad también ha venido a establecerse que la autoridad pública, representante de esa misma sociedad, sea la que designe la persona que particularmente debe ejercer el cargo como especialmente obligado. Según se desprende de estas ligeras indicaciones y de lo que se expresa en la misma definición, la tutela dativa es subsidiaria, defectiva, de modo que sólo puede tener lugar cuando le falten las dos que le son preferentes: éstas pueden faltar en diferentes conceptos y por distintas causas; así es que se hace preciso, para determinar cuándo la dativa debe tener lugar, examinar y fijar los conceptos y motivos por los cuales puedan faltar las otras dos, y he aquí también indicado ya el método conveniente para la explicación de la materia.

Entrando ya desembarazadamente en ella, y siguiendo el que tenemos adoptado bajo otro concepto, podemos empezar recordando que ya en la sección anterior expusimos que en la legislación de origen godo la tutela legítima viene a mezclarse o confundirse con la dativa, puesto que especialmente, a falta de las personas llamadas al cargo, el juez, en unión con los parientes del pupilo, debe determinar quién es el que de entre ellos ha de ejercerlo. Parece, pues, que aquellos legisladores no llegaron al supuesto de que faltaran parientes; sin embargo, es también de notar que en la ley 3.ª, título 7.º, del Fuero Real, la fórmula preceptiva ya puede extenderse al indicado supuesto, porque, aunque para la determinación exige la concurrencia de los parientes con el juez, no la lleva hasta el punto de que el nombrado sea de entre los mismos parientes, compren-

diendo, sin duda alguna, que puede acontecer que entre ellos no haya quien pueda o quiera ejercer la tutela. Esto es cuanto creemos necesario advertir respecto de la legislación de origen godo, y con ello ya podemos pasar a ocuparnos en la de origen romano.

Dice la ley 12, título 16, Partida 6.ª: «Desamparado fincando el mozo, que fuesse menor de catorze años, de guisa, que su padre non le ouiesse dexado Guardador en su testamento, nin ouiesse pariente cercano que lo quissiese guardar; estonce, la madre, e los otros parientes que heredarian á este mozo si moriesse sin testamento, deuen, e pueden pedir al Juez del lugar, que le dé Guardador atal, que sea bueno, e rico e que entienda que lo rescibe, mas por pro del mozo, que de si mismo. E si estos atales non pide Guardador atal mozo, como dicho es, pierden por ende aquel derecho que auian, de heredar en los bienes del huerfano si moriesse sin testamento. Demas dezimos, que si los parientes fuessen negligentes en demandar Guardador al huerfano, ó si non ouiesse parientes que lo fiziessen, estonce los amigos del mozo, ó otros qualesquier del pueblo deuen pedir al Juez, que dé al huerfano Guardador, que sea atal, que aliñe el pro del mozo, e el Juez lo deue fazer, por si, e non por otro, auiendo el mozo, en su valia, mas de quinientos maravedis; mas si ouiesse menos, bien puede mandar á otro Juez, que sea menor de si, que lo faga en lugar del. E tal Guardador como este, de que fablamos en esta ley, es llamado datiuo, que quier tanto decir, como Guardador dado por otorgamiento del Juez. E non tan solamente puede fazer el Juez esto el Juez sobredicho, mas aun lo puede fazer el Juez de aquel lugar, do nasció el mozo ó el padre del. Esto mismo puede ser demandado al Juez del lugar, do ouiesse el huerfano la mayor parte de sus bienes: e el Juez deuelo fazer, quier sea el mozo delante ó non e aunque lo contradixesse. Mas el Juez que da el Guardador, non ouiesse por si alguna de estas razones sobredichas, no podria estonces el que fuesse puesto por mandado de tal Juez, auer la guarda del mozo.»

En esta ley se encuentra comprendido todo lo concer-

niente y preceptuado acerca de la tutela dativa: se hace, por lo tanto, necesario su detenido examen, y al mismo tiempo lo facilita, pues es indudable que aparecen en ella perfectamente ordenadas todas las ideas. En su primera parte supone que el mozo o pupilo se encuentre desamparado, porque ni su padre le haya nombrado guardador testamentario, ni exista pariente cercano que quiera encargarse de su guarda: sin pasar más adelante, se incurre en la necesidad de distinguir y precisar esta misma distinción. Lo primero que ocurre acerca de ella es la cuestión de si el cargo de la tutela es obligatorio o voluntario, y para examinarla se incurre también precisamente en la distinción de la testamentaria y legítima. Los autores, a lo menos los que hemos examinado, guiándose indudablemente por el derecho romano, al cual muchas veces, sin razón ni fundamento, subordinan nuestras verdaderas leyes, hasta como punto incuestionable, tienen por obligatoria la tutela testamentaria. Es verdad que entre los romanos lo era como cargo público; pero nosotros, francamente, confesamos que no hemos encontrado ley alguna española, ni aun de las de origen romano, que terminantemente exprese esa condición, ni que directamente imponga a los tutores testamentarios, como indeclinable, la obligación de someterse a la voluntad del testador. Es cierto que, según todo el título 16 de la Partida 6.ª, los que pueden ser tutores necesitan para eximirse del cargo alegar y probar alguna de las determinadas causas de exención, de lo que parece se desprende que, si ninguna de ellas existe, forzosamente tienen que ejercerlo; pero es muy de notar que, al tratar de esto, las leyes usan de las palabras «Guardadores dados», las cuales tienen más completa aplicación a la curatela y a la tutela dativa que a la testamentaria. Además, el cargo de la tutela ha variado completamente de carácter en una cosa que es sumamente esencial: entre los romanos era altamente honorífico y gratuito; aunque sea triste, es forzoso confesar que ha perdido mucho del primer concepto. pues en el día la malicia hace suponer que con su ejercicio se procura más interés que honra; por otra parte, ya ha perdido

el carácter de gratuito y es remunerador; y esto que, bajo un concepto, parece razón para que sea forzoso, bajo otro, y más atendible, induce a tenerlo por voluntario, pues la persona que renuncia a su interés debe suponerse excitada por alguna otra razón muy fuerte, sin poder dejar de tomar por tal la de no incurrir en las sospechas que suelen suscitarse contra los que administran bienes ajenos. También es preciso tomar muy en cuenta los gravámenes que el cargo lleva consigo: la fianza, el juramento, el continuo cuidado de la persona y de los bienes, y que no todos los que carecen de excusa legal se encuentran, considerándose a sí mismos, con suficientes condiciones para tomar sobre sí y su conciencia tan especiales cuidados. Conforme vayamos adelantando en nuestro trabajo, se irán explanando más y más estas ideas, cuya exposición ya claramente indica que en nuestra opinión, la tutela testamentaria, no debe reputarse absolutamente obligatoria, y sí más bien voluntaria respecto del llamado al cargo. Por lo que hace a legítima, no cabe la menor duda de que es perfectamente voluntaria, pues así lo determina la ley en que nos estamos ocupando, y todas las demás que directa o indirectamente se rozan con la materia. Pero si bien a los parientes no se les impone la obligación de ejercer el cargo, se les exige otro cuidado, cual es el de pedir la tutela dativa, hasta el punto de privarlos de la herencia intestada del pupilo si sobre este deber incurren en omisión; de este modo se garantiza el que los pupilos no queden desamparados, y además, y por si no existen parientes, o los que existen, no obstante, a pesar de la pena, incurren en la omisión, la ley extiende el deber a los amigos del mozo, o a otros cualesquier del pueblo; de modo que no sólo como acción, sino como obligación, se eleva a pública la de pedir guardador para los desamparados. Mucho se ha dicho sobre la graduación de estos deberes y sobre el tiempo en que deben cumplirse para que los culpados con la pena se libren de ella: la ley, ni fija el tiempo ni hace distinción entre los parientes, inclusa la madre; de modo que sólo podrá distinguirse entre ellos, los amigos y extraños. El de-

ber de éstos, por más que lo sea, puesto que en el texto legal se usa de la palabra *deben,* entra en la calificación de los imperfectos, pues ni se puede exigir a nadie concretamente, ni está garantizado por ninguna sanción penal; no así el de la madre y demás parientes, pues, según ya hemos visto, la omisión está penada con la pérdida de la herencia intestada. Desde luego, salta a la vista la consideración de que, siendo la misma la edad que se exige para hacer testamento que para no necesitar tutor, sólo cabe la distinción entre la herencia testada e intestada, en el caso de haber muerto el padre cuando su hijo estaba en la edad pupilar y morir éste después de haber salido de ella. Es también preciso tomar en cuenta que esto puede acontecer en muy breve tiempo, y, por consiguiente, que no puede encontrarse una regla fija y determinativa del concepto. Por otra parte, la pena de privación de herencia es suficientemente grave para que se imponga sin conocimiento de causa, sin audiencia del que se supone debe sufrirla, y de todo esto resulta que sólo por una exacta investigación y apreciación de todas las circunstancias y supuestos que concurran en cada caso especial podrá llegarse a determinar cuándo la madre y los demás parientes han incurrido en la omisión penada, o, lo que es lo mismo, en el supuesto de haber dejado en verdadero desamparo al huérfano a quien debían amparar.

Con estos antecedentes podemos ya entrar en el examen de otras cuestiones que se producen o toman causa del supuesto fundamental de la tutela dativa, y que es ya, según queda dicho, el de que tenga lugar a falta de la testamentaria y legítima. En la ley claramente se establece para cuando el padre no haya nombrado tutor ni haya pariente que quiera ejercer el cargo; de modo que los dos supuestos se presentan en sentido copulativo; pero como es indudable que son distintos, forzoso es considerarlos con la debida distinción. Si el padre no ha nombrado tutor, y los parientes no quieren ejercer la tutela, es indudable que debe acudirse a la dativa; pero ¿cuál es la que deberá tener lugar cuando el padre ha nombrado tutor, re-

sultando, por consiguiente, que falta uno de los dos supuestos exigidos copulativamente, y el nombrado no puede ejercer el cargo, o no quiere, admitiendo la opinión de que sea voluntario? Atendiendo al derecho romano, la cuestión se encontrará perfectamente resuelta con sólo acudir a una distinción, que consiste en no confundir las causas que impiden el ejercicio del cargo con las que producen su absoluta conclusión por parte del tutor. Cuando sobreviene alguna de las primeras (y que pueden consistir en ser el tutor nombrado demente, furioso, sordomudo, menor de edad, nombrado con condición que esté por cumplir o para que ejerza el cargo desde cierto tiempo, que todavía no haya llegado, y también cuando caiga en poder de los enemigos), como cualquiera de ellas, si bien cuando existen impiden el ejercicio, pueden dejar de existir, y como teniendo tutor no podía darse otro, lo que se daba era un administrador de la tutela. Por manera que todo se reducía a llamar al que se daba tutor interino, pues en todo lo demás, en derechos y obligaciones, se parificaba por completo; mas cuando sobrevenía una causa de las segundas, cuando el tutor moría o era removido por sospechoso, o sufría una disminución de estado que lo excluyera de ser cabeza libre, no se acudía a la tutela legítima, sino a la dativa, y, por consiguiente, se le daba un verdadero tutor, porque ya no existía el obstáculo de que hubiese otro simultáneamente. Prescindiendo de la diferencia explicada, y que más bien puede calificarse de especiosa que de real, la verdad resultante era que siempre que el padre nombraba tutor en el testamento, quedaba impedida la tutela legítima, y cuando la testamentaria faltaba se acudía a la dativa, y la razón era altamente filosófica. La determinación del padre, al encomendar la guarda de sus hijos a una persona distinta de la que a ello estaba llamada por la ley, es una manifestación, aunque implícita, clara y terminante, de falta de confianza en el que debía ser tutor legítimo; no puede, por lo tanto, menos de traducirse en una verdadera exclusión o interdicción de aquella misma persona para el ejercicio del cargo. Si, pues, por cualquiera even-

to o razón posterior viniera a resultar que pudiera ejercerlo en virtud de un derecho propio, resultaría en contradicción a los verdaderos principios jurídicos, pues por una parte existiría el que consiste en reconocer la facultad del padre respecto a excluir de la tutela de sus hijos, a los llamados por la ley, instituyéndoles otros en su testamento, y, por otra, la ley llamando a la tutela a la misma persona excluída. Por el contrario, acudiendo a la dativa, cuando el padre ha usado su facultad de exclusión respecto de las personas llamadas a legítima, se concuerdan todos los principios, y en la legislación romana, en perfecta concordancia con ellos, aparecen los preceptos.

Pero ¿sucede lo mismo en nuestra legislación? Indudablemente, si bien para demostrarlo sea necesario acudir al examen y combinación de los textos legales, porque desgraciadamente no hemos encontrado ninguno por el que directa y explícitamente se determine. Ya dejamos consignado que para incurrir en el caso de la tutela dativa, por la ley, no distinta, sino copulativamente, se exigen los dos supuestos de que el padre no haya nombrado tutor en el testamento y de que el pariente más cercano no quiera ejercer el cargo; hemos también examinado la ley 9.ª, en la sección anterior, para determinar la graduación en que deben considerarse llamados los parientes del pupilo; mas ahora tenemos que volver a ella, porque precisamente es la que viene a determinar el punto en que nos ocupamos. Conforme con su literal contexto, para que tenga lugar la tutela legítima, es preciso taxativamente que el padre haya muerto sin testamento, o que, si lo ha hecho, no haya nombrado en él tutor a sus hijos, o que, si lo ha nombrado, haya muerto antes que el testador la persona designada al efecto; por manera que, siendo estos los tres únicos casos en que debe acudirse a la tutela legítima, no puede acudirse a ella cuando el padre ha nombrado tutor testamentario y éste deja de existir después de la muerte del testador; si puesto aparece claro a todas luces excluída en tal caso la tutela legítima, por forzosa consecuencia, legal y lógicamente se incurre en la necesidad de la dativa. Y véase cómo

lo mismo que en la romana, en la legislación de las Partidas, sus autores concordaron los preceptos instituídos con los principios reconocidos. Parando algo más la consideración sobre lo establecido en la ley 9.ª, se encontrará aún mayor afirmación de nuestro aserto, y también la exquisita concordancia del precepto con el principio. Si el padre ha nombrado tutor testamentario, y éste muere antes que él, tiene lugar la tutela legítima; pero esto precisamente consiste en que puede existir en el ánimo del padre la idea de preferencia, y no la de absoluta exclusión, y siendo lo cierto que, faltando el preferido y pudiendo elegir otro, no lo elige, viene a incurrirse en el concepto de que el testador se conforma con el llamamiento que hace la ley, pues, pudiéndolo contradecir, no lo contradice; así es que para que tenga lugar la tutela legítima, el supuesto de la muerte del tutor llamado en el testamento, no sólo deberá realizarse antes de la muerte del testador, sino ser también conocido por el mismo, pues, de lo contrario, habrá lugar a la creencia de que la no insistencia en la exclusión tan sólo tenía por causa la ignorancia del acontecimiento. Otra cuestión podría suscitarse, reducida a si debe extenderse el acudir a la tutela dativa a todos los casos en que falte el tutor testamentario, o sólo al de su muerte. Por el literal contexto de la ley, parece que se debe adoptar lo segundo; sin embargo, acudiendo a su razón filosófica, sin dudar nos decidimos por lo primero, porque donde existe la misma razón debe tenerse por aplicable la misma disposición, y también porque considerando que en las causas por las cuales es uno tutor tiene que dejar de serlo, casi se parifican con la llamada muerte civil, sin violencia pueden suponerse comprendidas en la expresión de la ley: viniendo a concluir en que lo mismo en nuestro derecho que en el romano, cuando el tutor testamentario se encuentra en condición de poderlo ser, pero no de poder ejercer el cargo, debe nombrarse judicialmente un administrador de la tutela; mas cuando la causa afecta a la esencia de la cosa y resulta que absolutamente tiene que dejar de ser tutor, ya sea por muerte, ya por otra razón que *impida la tute-*

la, con exclusión de la legítima debe acudirse a la dativa.

Tenemos ya examinado el caracter defectivo de la tutela dativa y quién la debe pedir; naturalmente, llegamos a tener que examinar quién es el que la debe dar. Los romanos tenían dos famosas leyes acerca del particular: por la Attilia, en la ciudad daba el tutor el pretor urbano con la mayor parte de los tributos, y en las provincias, según en la Julia y Titia, los presidentes de las mismas. Después, ya en tiempo de Claudio, se ordenó que lo dieran los cónsules. En tiempo de Marco Antonio se estableció un pretor tutelar que no sólo daba los tutores, sino que también conocía en todos los negocios de tutelas. En tiempo de Severo volvió a establecerse que en la ciudad y en su radio fueran dados los tutores por el pretor o por el prefecto de la ciudad, y en las provincias, por los presidentes o por los magistrados, por mandado del mismo presidente; por último, Justiniano estableció que los tutores fueran dados por los defensores de las ciudades, en unión con los obispos u otras personas públicas o magistrados, cuando el haber de los pupilos no excediera de 500 sólidos. Esta sucinta indicación histórica manifiesta el alto carácter que los romanos atribuían a la dación de tutor: ya hemos visto que también los godos exigían, aunque mezclando la tutela legítima con la dativa, la concurrencia de los parientes en auxilio del juez, como garantía del acierto en la elección; veamos, pues, qué es lo que la citada ley 12 establece sobre el particular. Según ella, la petición de tutor debe hacerse al juez del lugar donde reside el pupilo; mas luego declara que también pueden darlo el del lugar del nacimiento y el del lugar do tuviera el huérfano la mayor parte de sus bienes. Concedida esta facultad a los tres mencionados jueces, sin distinción de preferencia y taxativamente, pues la ley de un modo terminante declara que no valdría el tutor nombrado por el juez en quien no concurriera alguna de las tres circunstancias, se ha tratado de fijar alguna regla de preferencia: generalmente, los autores, y entre ellos Gregorio López, siguen la opinión de que si resultan dos o tres tutores nombrados,

como puede ser, debe ejercer el cargo el que lo fué primero, fundándose en la razón de que, existiendo tutor, es nula la dación de otro; pasando luego a suponer que no pueda decidirse por esta preferencia en el caso que se ignore cuál fué el primer nombrado, unos se deciden por el que nombró el juez del lugar del nacimiento, otros por aquel donde reside el pupilo, y otros por el de en donde tenga la mayor parte de sus bienes. Nosotros creemos que debe decidirse a favor del de la residencia, porque es el primero considerado en la ley, porque la tutela se da primariamente para las personas y secundariamente para las cosas, y porque el nacimiento, si no concurre otra razón, puede ser hasta causal, en términos de que nada justifique la preferencia que en el tal supuesto quisiera fundarse. La ley de Enjuiciamiento atribuye la facultad de dar tutor al juez de primera instancia, sin ninguna distinción y sin establecer preferencia (1); resulta, pues, en su fuerza y vigor lo determinado por la ley de las Partidas; sin embargo, en la práctica ha llegado a establecerse que el mismo juez que ha intervenido en la testamentaría o abintestato del padre o la madre por cuya defunción se haga precisa la tutela, sea el que la dé cuando llegue el caso de la dativa, y esto, además de ser lo que se practica, creemos es lo más razonable, pues ninguno otro mejor que él puede conocer las circunstancias del pupilo y de sus bienes. Además, y en complemento de esto mismo, indudablemente tiene aplicación el art. 1.230 del Enjuiciamiento (2), en el que se declara que si sobre el nombramiento de tutor se empeñare cuestión, se sustanciará en vía ordinaria, y en el pleito que se siga representará al menor el mismo tutor que el juez le hubiese nombrado, que tendrá el carácter de su curador para dicho pleito determinadamente.

Entre los romanos, la atribución de dar tutor no podía ser delegada, porque se concedía como de oficio propio y

---

(1) y (2) Actualmente, conforme al Código civil, corresponde al Consejo de familia el nombramiento del tutor.

porque constituía un acto legítimo. Según la ley de las Partidas, la puede delegar el juez en otro que le sea inferior, cuando el haber del pupilo no exceda de 500 maravedís, lo que viene a ser una copia, aunque no exacta, de lo establecido por Justiniano. Por la misma razón de ser acto legítimo, rechazaban los romanos que se estableciera bajo condición, ni desde, ni hasta cierto día, sino pura y absolutamente; entre nosotros, y aun prescindiendo de la razón que ellos daban, muy propia del rigorismo formulario de su jurisprudencia, debe darse a la doctrina la misma fuerza que ellos daban. Hemos visto que la tutela testamentaria puede establecerse con condición y día, y la sencilla razón para admitir este supuesto consiste en que, mientras por cualquiera causa se encuentre interrumpido el ejercicio del cargo, cabe cubrir la necesidad por medio de un administrador de la tutela, y cuando concluya, por medio de un tutor dativo; mas por lo mismo que la tutela dativa es subsidiaria y definitiva, no puede tener medio alguno de sustitución, y, por consiguiente, ni puede ni debe establecerse de modo que deba ser sustituída. «El tutor dado ha de ser atal segun la misma ley que sea bueno, e rico e que entienda que los rescibe, mas por pro del mozo, que de si mismo.» En estas tan sencillas cuanto terminantes palabras de la ley está comprendido todo lo que el juez debe considerar para su determinación; mas esto que aquí se establece en términos generales, lo veremos más adelante garantizado por diferentes particularidades. Así es que aquí no haremos más que indicarlo, para proceder del mismo modo que la ley.

Antes de dar por terminada esta sección, tenemos que ocuparnos de lo que se encuentra establecido en la ley 17, título 1.º, libro 6.º de la N. R.; dice así: «Mandamos que cuando quiera que en nuestras audiencias se pidiere por parte de algun Grande tutor ó curador para su persona y bienes, ó para litigar, nuestro Presidente y Oidores de las dichas audiencias lo remitan á nuestras personas reales, pues aquello es á nos de proveer y cumple á nuestro servicio.» Esta ley, dada por los Reyes Católicos, formaba

parte de la especial legislación que regía respecto de las cosas de grandes vasallos, Grandes de España y otros así; una de sus particularidades consistía en que de sus negocios judiciales conocieran en primera instancia, o jueces delegados al efecto por su soberana resolución, o las Audiencias por los llamados casos de corte; dentro, pues, de aquella legislación, no podía decirse que la ley de que tratamos constituyera una verdadera excepción, pero sí la constituiría en la actualidad si se tuviera por vigente, porque, abolidas las delegaciones, los casos de corte, y todo lo demás que venía a constituir la indicada especialidad, excepcional resultaría, y hasta contradictorio que los Grandes acudieran en primera instancia a las Audiencias en petición de tutor o curador. Creemos, por lo tanto, que debe tenerse por abolida, y que en la actualidad, lo mismo para los Grandes que para los que no lo son, ante el juez de primera instancia y por el juez de primera instancia debe pedirse y darse la tutela dativa en los casos en que sea necesaria.

Ya hemos visto la fuerza que en la práctica debe prudentemente concederse al supuesto de que el ejercicio de la tutela testamentaria sea obligatorio necesariamente a la persona nombrada para el cargo. Hemos también consignado que el de la legítima es legalmente voluntario. Réstanos considerar este punto respecto de la dativa. Por su misma naturaleza tiene que ser forzosa, porque si es defectiva, suplementaria o subsidiaria, en último término no puede menos de ser obligatoria, pues de lo contrario, vendríase a parar en que, si por no quererla nadie ejercer, resultaba imposible, el huérfano que la necesitara resultaría desamparado, lo que es directamente contrario a la razón y causa de la institución. Por otra parte, en ninguna ley hemos encontrado concedida al tutor dativo la facultad de eximirse del cargo sin justa causa; de modo que, por razón afirmativa y negativa, se deduce que esta clase de tutela es obligatoria a la persona nombrada para el cargo. Sin embargo, y siendo lo cierto que raras serán las ocasiones en que no se presente voluntariamente quien quiera aceptar el

cargo, parece que la prudencia aconseja el no encomendarlo a quien lo rechace, si bien, por otra parte, tampoco debe encomendarse a quien lo pretenda con excesivo afán: la decisión, por lo tanto, no puede menos de considerarse comprendida en el prudente y recto arbitrio judicial.

CAPÍTULO III

De la curatela (1).

QUÉ SEA CURATELA Y CUÁL ES SU RAZÓN

Concepto de la curatela. — Objeción que pudiera formularse relativa a los mayores sin discernimiento. — Semejanza y diferencia con la tutela. — Clases de curatela. — Si la ley de Partidas admite o rechaza la curatela testamentaria. — Si por la misma legislación debe admitirse o no la curatela legítima. — Curatela dativa aplicable a los menores de veinticinco años. — Modificación de la ley sustantiva por la adjetiva o procesal civil. — Curador para pleitos. — Excepciones a la regla de que existiendo guardador no debe ser nombrado otro. — Carácter del cargo de guardador.

Empezaremos diciendo que la curatela es el suplemento de dirección bajo el cual se constituyen los huérfanos púberos menores de veinticinco años, y también los mayores de esta edad que carecen del necesario discernimiento para dirigirse por sí solos; y siguiendo nuestro sistema, pasaremos a explicar esta definición, con lo que también podremos exponer las razones que nos han impulsado a adoptarla. Así como en la tutela se supone que en los que a ella están sujetos hay una verdadera imperfección de raciocinio, y aun sobre esto se admiten algunas diferencias en consideración a la edad, como ya hemos indicado y como aun tendremos necesidad de explanar, en la curatela ya se supone que, si no todos, cuando menos una gran parte de los que a ella se sujetan están en situación de discernir lo

(1) El Código civil ha suprimido la diferencia entre tutela y curatela, comprendiendo las dos bajo el primer concepto.

que les conviene, si bien no de un modo suficiente para precaver y evitar los perjuicios a que pueden exponerse negociando con personas más experimentadas. Esto es lógico e indisputable con referencia a los púberos menores de veinticinco años, porque si es lo cierto que al hombre mayor de catorce y a la mujer mayor de doce hay que considerarlos con suficiente juicio para dirigirse por sí en lo concerniente a sus personas, pues no de otro modo, sin dar en el absurdo se les considera en aptitud de contraer matrimonio que constituye el acto más trascendental de la vida social, no lo es menos que, conforme la edad avanza, va creciendo la experiencia, madre de la ciencia y medio el más eficaz de ir fijando las ideas de lo bueno y de lo malo, para llegar al estado de poder discernir lo conveniente de lo perjudicial.

Pero tal vez esto no parezca tan exactamente aplicable a la segunda clase de personas que indica la definición deben constituirse en curatela, porque se dice que son los que carecen del necesario discernimiento para dirigirse por sí, bajo cuyo supuesto parece que lo procedente sería la verdadera tutela. Sin negar la fuerza de la objeción, pierde mucho de lo que a primera vista se presenta examinando el punto detenidamente. La enajenación mental, frase que abarca todos los estados patológicomentales, es el género; las ilusiones de los sentidos, las alucinaciones, la monomanía, la demencia, la furia, el idiotismo, la estupidez y la imbecilidad son las especies, y a veces modificaciones de la idea general, pero muy raramente sucede que se presente la falta de razón de un modo constante y absoluto, y en lo común es la concretada a períodos determinados, a circunstancias, perfecciones o ideas particulares, resultando que respecto de todo lo demás sea forzoso reconocer un recto modo de raciocinar. La obra que inmortaliza a Cervantes, y que nos atrevemos a calificar del mejor y más luminoso catálogo de la locura, puede servirnos de ejemplo para corroborar esta verdad. ¿Quién dejará de calificar de loco a D. Quijote? ¿Quién, sin embargo, desdeñará el dirigirse por sus raciocinios en la mayor parte de los negocios de la

vida? ¿Quién le negará a Cardenio la falta de razón ni la exactitud con que procede en la exposición de los más altos principios sociales y morales? ¿Quién, en fin, desconocerá en Sancho al hombre prudente y hasta ladino, no obstante la confianza de llegar a ser gobernador sin saber leer ni escribir? Pues en todas y en cada una de estas clases de locura, en las cuales tal vez se comprendan cuantas en la verdad puedan ofrecerse, siempre se ve mezclada la falta de razón con la misma. Se alegará quizá el estado de absoluta y completa imbecilidad como excepción que pueda oponerse a la generalización del concepto; pero, aun admitiendo que lo sea, la regla general no debe rechazarse porque contra ella haya algunas excepciones.

Creemos que con esto basta para comprender el significado de las palabras *suplemento de dirección*, y la razón por la cual nos hemos decidido a expresar con ellas la idea principal de la curatela. En todos los que la necesitan se supone cierto grado de discernimiento, y al mismo tiempo la falta de lo que constituye su complemento, y ésta es la que se trata de suplir con la intervención del curador, que, para proceder rectamente, debe investigar la voluntad de la persona que esté a su cuidado, procurando que se dirija a lo bueno y conveniente, desviando su dirección cuando haya de conducirle a lo que pueda serle perjudicial, precaviendo y evitando todo lo que pueda dañarla en su persona y bienes. Conocida, aunque sea en términos generales, la idea fundamental de la curatela, no puede menos de comprenderse por una parte la semejanza y por otra la diferencia que existe entre ella y la tutela. Ya en el primer capítulo de este título, y para determinar el método que en él pensábamos seguir, indicamos lo que creemos suficiente acerca de este particular: los romanos las diferenciaban con marcable distinción; los godos las confundían casi por completo; los autores de las Partidas tomaron un término medio; muchos hay que quieren volver al godo, sin embargo que lo presentan como una novedad; nosotros creemos que siempre será necesario reconocer algunas diferencias, y que esto supuesto, la cuestión queda reducida más sobre las pala-

bras que sobre las cosas. Procederemos, por lo tanto, a examinar la materia, según aparece expuesta en las leyes de las Partidas, pasando ya de estas generalidades a lo concreto y distintivo.

Dice la ley 3.ª, título 16, Partida 6.ª: «Curatores son llamados, en latin, aquellos que dan por Guardadores á los mayores de catorce años e menores de veynte, e cinco años, seyendo en su acuerdo. E aun á los que fuessen mayores, seyendo locos, ó desmemoriados. Pero los que son en su acuerdo, non pueden ser apremiados que reciban tales Guardadores, sino quisieren. Fueras ende si fiziessen demanda á alguno en juycio, ó otro le fiziesse á ellos. Ca estonce, los Juzgadores les pueden dar tales Guardadores como estos. Otrosi decimos, que el Guardador non deue ser dexado en el testamento; pero si fuere y puesto, e el Juzgador entendiere que es apro del mozo, develo confirmar. E aun dezimos, que el huerfano que ha Guardador, non le deven dar otro. Fueras ende, si aquel que lo tiene en guarda fuesse ome de mal recabdo, ó tal, que oviesse de veer tanto en lo suyo, que non pudiesse aliñar los bienes del huerfano, ó si enfermasse, ó uviesse de yr en romeria ó en otro grand camino. Ca estonce, puedenle dar otro Guardador que lo guarde en lugar de aquel á quien diezen en latin Curator fasta que el otro sea sano, ó torne del camino do oviesse ydo.»

Admirablemente se encuentra reunido en esta ley cuanto se refiere a la curatela: con exquisita precisión en la forma, se expresa en ella todo lo fundamental y hasta las últimas particularidades de la materia; pero por lo mismo exige un detenido examen, pues, de lo contrario, con facilidad podría incurrirse en perjudiciales equivocaciones. Desde luego, en su principio se encuentra la confirmación de lo que dejamos expuesto al definir la curatela, y al mismo tiempo la distinción entre la que se refiere a los huérfanos menores de catorce años y mayores de veinticinco, y la de los que sean locos o desmemoriados, palabras que comprenden todos los estados patológicomentales que ya dejamos indicados en la sección anterior. De esta misma dis-

tinción tomaba causa entre los romanos la división de la curatela en legítima y dativa, rechazando la testamentaria, y se hace preciso examinar detenidamente este punto, porque no es poco lo que se ha disputado acerca de las diferentes clases de curatela que nuestro derecho reconoce, hasta el punto de que unos sostienen que lo mismo que la tutela deben reconocerse las tres; otros, que sólo las dos que reconocían los romanos, y, por último, otros que opinan que únicamente debe reconocerse la dativa. Negaban los romanos la testamentaria hasta por absurda y contradictoria a los principios reconocidos y al precepto establecido en la ley decenviral: por ésta, expresa y terminantemente se concedía al padre la facultad de nombrar en su testamento tutores a sus hijos, pero en manera alguna sujetarlos a la potestad de otras personas desde que salieran de la edad pupilar; suponían además que era absurdo constituir bajo potestad alguna a las personas a quienes ya se consideraba y reconocía aptas y hábiles para hacer testamento y disponer de sus cosas de este modo universal. La primera de estas dos razones puede admitirse como incontestable, porque, en efecto, el extender la facultad paterna a más de lo que la extendía el texto legal, no podía dejar de calificarse de verdadera contradicción; pero la segunda tenía más de especioso que de verdadero, porque si bien era cierto que con el complemento de la edad pupilar se adquiría la facultad de disponer de los bienes por testamento, igualmente lo era que, no por salir de esa edad, adquirieran los menores, hasta cumplir la de veinticinco años, la absoluta libre facultad de administrar y disponer de sus cosas por otros distintos medios que el de la testimentifacción. Descartada, sin embargo, la tutela testamentaria, reconocían la legítima y dativa, y aplicaban constantemente la primera a los furiosos y pródigos, y la segunda a los púberos menores de veinticinco años; consideraban la primera necesaria y la segunda voluntaria; es decir, que los furiosos y pródigos necesariamente, o aun contra su voluntad, tenían que sujetarse al cuidado de un curador, y los menores tan sólo cuando querían y lo solicitaban. De

aquí que la primera se considera odiosa y hasta denigrativa, habiéndose llegado a usar en tono de injuria la frase *ad agnatos et gentiles remittendus*, que venía a ser lo mismo que llamar loco a la persona que se dirigía. La segunda no tenía ningún carácter de odiosidad: era, como hemos dicho, voluntaria; pero como al mismo tiempo a los menores de veinticinco años, aunque mayores de la edad pupilar, les estaban vedados algunos actos de administración, y muy particularmente la enajenación de bienes raíces, y aun de los muebles que se reputaban preciosos, con frecuencia solían incurrir, por pura conveniencia, en necesidad de pedir un curador, con cuyo auxilio adquirían la aptitud que al efecto les faltaba. Además, no podía desconocerse la conveniencia del constante auxilio y cuidado de las personas que para tan frecuentes actos lo habían de necesitar, y luchando entre las dos ideas, sin querer contrariar directamente el reconocido principio de la libertad de los púberos, y reconociendo al mismo tiempo la necesidad de amparo y protección mientras estuvieren en la menor edad, en tiempo de Antonino se estableció que, para adquirir los púberos la administración de sus cosas en términos de que se reputara concluída la tutela, necesitaran pedir y tener un curador. Naturalmente, por librarse de una potestad más extensa, los menores acudían al medio legal, y resultaba que todos se constituían en curatela voluntariamente y a su petición. Es cierto que la voluntad no era muy libre, pero la voluntad forzada no deja de ser voluntad siempre que permita la elección, y en el rigorismo formulario de aquella jurisprudencia repugnaba menos esta limitación de la libertad que la contradicción de uno de los que consideraban principio de los fundamentales. Esta sencilla reminiscencia histórica es más que conveniente, pues llega a ser necesaria para proceder al examen y llegar a la inteligencia de la ley que literalmente hemos copiado: vamos a ver cómo en ella se determinaron todos estos conceptos.

La primera cuestión que de su contexto ha nacido, y que ya hemos indicado, consiste en si se establece o se rechaza la curatela testamentaria. Sin titubear, puede decir-

se que ni lo uno ni lo otro. Los autores de las Partidas, profundamente conocedores del derecho romano, no podían confundir lo que en aquella legislación era verdaderamente sustancial con lo que tenía de artificiosa; veían el artificio con que se había llegado a establecer que los menores estuvieran sujetos a la curatela; comprendían la necesidad de la institución, porque en verdad que nunca necesita la persona más una prudente dirección que cuando empieza a poder obrar por sí, y, sin embargo, le falta la conveniente experiencia. No tenían que reconocer como principio el que los romanos reconocían, y pudiendo obrar sin esta limitación, acudiendo más a la verdad natural que al artificio científico, encontraron que militando respecto de la curatela, si no idénticas muy parecidas razones, que de la tutela, debían establecerse idénticos preceptos. Sin embargo, no se atrevieron a tanto: dejáronse dominar de su espíritu de imitación y dijeron que el curador no debe ser dejado en el testamento; «pero si fuere y puesto, e el Juzgador entendiere que es á pro del mozo, deuelo confirmar». Considerado este texto a la luz de estos antecedentes, la cuestión expuesta se reduce a meras palabras. El curador que llegue a serlo con tales condiciones, ¿deberá llamarse testamentario o dativo? Supuesto que la ley empieza diciendo que en el testamento no se debe nombrar curador, y que al valerse del verbo «deue» parece que se consigna una prohibición, se cae en la consecuencia de que, no debiéndose tener por eficaz lo prohibido, la curatela, en tal caso, toma causa, no del testamento, sino del acto judicial, y, por consiguiente, que debe calificarse más bien de dativa que de testamentaria. Pero inmediatamente se incurre en el extremo contrario: la ley, aunque condicionalmente «si el nombramiento es en pro del huérfano», usa del mismo verbo y dice «deuelo confirmar»; por manera que dada por supuesta la afirmativa de la condición, ya no es potestativa en el juez la facultad, sino obligatoria, y, por lo tanto, ya la curatela toma causa más de la voluntad del testador que del acto judicial, resultando más bien testamentaria que dativa. La ley de Enjuiciamiento ha venido a con-

cluir esta que no vacilamos en calificar de disputa académica. En su art. 1.219 se establece como necesario el discernimiento para ejercer la tutela testamentaria, y en el 1.231 se dice «que si el padre hubiese nombrado curador para sus hijos, se les discernirá el cargo en la forma que por él se haya prevenido»; se encuentran, por lo tanto, parificadas la tutela y curatela, y, siendo esto lo cierto, forzoso es reconocer el calificativo de testamentaria con referencia a las dos. Sin esta última determinación, en el puritanismo científico, tal vez se encontraría más exacta la solución contraria.

Más interesante, y también más difícil de resolver, es la cuestión sobre si por la legislación de Partidas debe admitirse o no la curatela legítima. La dificultad trae su origen de las mismas leyes romanas, de modo que puede decirse que los autores de las Partidas no fueron los que la crearon, y que sólo hicieron dejarla tal y como se encontraba en aquellas disposiciones que les servían de modelo u original. Hemos expuesto lo que el derecho antiguo romano establecía acerca de la curatela legítima, que era la que se aplicaba a los furiosos y pródigos. Los conceptos acerca de este punto fueron modificándose, y a la par tenía que perder también su fuerza aquella frase de *ad agnatos et gentilis remittendus,* de modo que hasta llegó a perder la exactitud de su significación desde el momento en que se destruyó la diferencia entre agnados y cognados. Por otra parte, la corrupción de las costumbres venía a producir gravísimos inconvenientes en dar la curatela de los furiosos y pródigos a sus más próximos parientes, porque como era consiguiente al supuesto de dicha condición o estado la negación de la facultad de testar, y como a falta de testamento debía ser heredero el mismo curador, en el interés de éste estaba el continuar sonteniendo el supuesto para impedir que el encomendado a su cuidado, por medio de un testamento, lo privara de la herencia. Los jurisconsultos, en la lucha que se producía por estas razones contra los preceptos legales, fueron buscando medios de concordancia y hallaron el de que nunca se encomendara la tutela de los furiosos y

pródigos a sus parientes más próximos, sino por un acto judicial, previa una exquisita inquisición, o, como ahora podremos decir, con verdadero conocimiento de causa; pero al mismo tiempo, los magistrados, que por su propio oficio estaban llamados a determinar cuándo no encontraban motivo o razón suficiente para lo contrario, encomendaban el cargo a los que debían ejercerlo conforme a las leyes. Distinguieron además la causa o estado de incapacidad concretando la curatela legítima a lo que significaban las palabras de la ley, furiosos y pródigos, y declarando que a los mentecatos, sordomudos o que padecieran una enfermedad perpetua se les constituyera en curatela dativa; aun a los furiosos y pródigos, y a pesar del texto legal, solían los pretores en Roma y los presidentes en las provincias darles curador so pretexto de la inquisición o conocimiento de causa que se les reconocía, y de aquí, como consecuencia precisa, que la tutela legítima participara muy esencialmente del concepto de dativa, llegándose hasta inventar una nueva denominación, que se ha conservado en nuestra jurisprudencia y que consiste en llamar curatela ejemplar a la que se establece en amparo de los incapacitados.

Viniéndonos al Código de las Partidas, nos encontramos, en primer lugar, con el final de la ley 12 del citado título 16, cuyo traslado hemos omitido al copiarla en la sección anterior, porque más directamente se relaciona con referencia a la conclusión de la tutela y al punto en que ahora nos ocupamos; dice así: «E la guarda de cada uno de estos Guardadores deue durar fasta que el mozo sea de edad de catorze años, e fasta que la moza sea de edad de doze, quier sea establescido el Guardador en testamento, ó de otra guisa: e de alli adelante, deuen los Judgadores dar, e otorgar al mozo, otro Guardador, á que llaman en latin Curator tomando tal recabdo del, como del Tutor. E este atal deuele auer en guarda, fasta que el huerfano sea de edad de veynte, e cinco años.» Claramente aparece que por este texto legal la curatela dativa se establece tan sólo para los menores, porque si bien, al suponer la conclusión de la

tutela, se comprenden todas y cada una de sus clases, tan sólo se determina que el juzgador dé y otorgue curador con referencia al menor y hasta que cumpla los veinticinco años. Siendo, pues, lo cierto que en esta disposición legal únicamente se determina la curatela de los menores, declarando que debe ser la dativa, como lo era en Roma, nada resulta determinado respecto de la legítima. En la siguiente, 13 del mismo título, se observa que al explicar el significado de la palabra *Curatores*, se dice que son aquellos que *dan* por guardadores. En seguida se confunden los dos conceptos de menor edad y de incapacidad: ya en toda la ley sigue toda la confusión respecto a la especialidad o punto concreto en que nos estamos ocupando; no hemos podido encontrar otra ley del mismo Código en la cual se determine la distinción. La palabra *dan*, de que se vale la ley en el rigorismo gramatical y también jurídico, expresa más la idea de curatela o guarda dativa que la de legítima; por consiguiente, y en último resultado, parece que los autores de las leyes de las Partidas, comprendiendo profundamente el verdadero conflicto en que habían luchado los jurisconsultos romanos, y sin atreverse a una completa decisión, se inclinaron a establecer la curatela dativa más bien que la legítima para los incapacitados. Sin embargo, como con el transcurso del tiempo es lo cierto que cada vez se van asimilando más la tutela y curatela; como es ya constante, a lo menos vulgarmente, el confundir, si no parificar, las dos ideas; como lo más frecuente es que los testadores, al determinar sobre esta materia, digan que nombran a sus hijos tutores y curadores, se ha llegado a tener por idénticos los cargos, y, por lo mismo, a admitir la curatela legítima, no sólo para los incapacitados, sino hasta para los menores, si bien siempre y en todo caso exigiéndose la intervención judicial. En la ley de Enjuiciamiento, sección 3.ª, título 2.º de la 2.ª parte, se establece que el nombramiento de curador ejemplar debe hacerse por el juez del domicilio del que lo necesitare, luego que tenga noticia de su incapacidad (art. 1.243). Que al nombramiento deberá preceder justificación cumplida de la incapaci-

dad (art. 1.244). Que el nombramiento deberá recaer por su orden en las personas que á continuación se expresan, si tuvieren la aptitud necesaria para desempeñarlo: padre, hijos, mujer, madre, abuelos y hermanos del incapacitado (artículo 1.245). Que si hubiera varios hijos o hermanos, serán preferidos los varones a las hembras, y el mayor al menor. Y que, concurriendo abuelos paternos y maternos, serán también preferidos los varones a las hembras; y en el caso de ser del mismo sexo, los que lo sean por parte del padre a los que lo fueren por la de la madre (art. 1.246). Que no habiendo ninguna de las personas indicadas en el artículo precedente, o no siendo aptos para la curatela, el juez podrá nombrar a la que estimare más a propósito para desempeñarla, prefiriendo, si reuniese la necesaria capacidad, las que sean parientes o amigos íntimos del incapacitado o de sus padres (art. 1.247) (1). Aunque podría disputarse sobre la fuerza de la ley de Enjuiciamiento relativamente a modificar los verdaderos preceptos de sus principios del derecho en lo sustancial, forzoso es reconocer la utilidad que resulta del establecimiento de un criterio legal para regularizar y determinar lo que estaba indeterminado. Actualmente, y aunque sea por una ley de las que suelen llamarse adjetivas, ya puede tenerse por resuelta la cuestión que venimos discutiendo en sentido de que la curatela ejemplar debe considerarse dativa, puesto que, según el art. 1.243, el nombramiento debe hacerse por el juez, si bien éste, cuando no encuentre causa para dejar de nombrar a los que deberían serlo si se reconociese la legítima, deba nombrar a la persona llamada, sin poder excusarse de la graduación que en la ley se fija y ya dejamos consignada.

Es claro que en la palabra incapacitado se comprenden

---

(1) La materia de nombramiento de curadores ejemplares figura en los artículos 1.847 a 1.851 de la ley de Enjuiciamiento civil vigente, pero en esta parte se halla derogada por el Código civil, que admite sólo la tutela.

todos los estados patológicomentales que ya dejamos indicado, y, además, el que se refiere a los pródigos, cuyo defecto mental se reduce a dilapidar sus bienes y hacienda, disponiendo de ellos o enajenándolos de un modo irracional. Entre los romanos también se sujetaba a curatela a la mujer lujuriosa, y aun algunos de nuestros autores han querido extender el concepto al hombre a quien puede imputarse igual vicio. Indudablemente, la lujuria puede ser causa y efecto de un estado patológicomental: al que padece la enfermedad llamada *satiraisis* no puede reconocérsele en perfecto juicio, y tampoco al que por satisfacer su vicio, aunque no llegue a estar afectado de la indicada enfermedad, llegue a gastar o dilapidar sus bienes, reduciéndose a la miseria; pero de cualquier modo que sea, siempre se vendrá à parar en que lo que suceda con relación a semejante vicio tenga que estar comprendido para que llegue a ser causa de que llegue a incurrir en la curatela o en el concepto de prodigalidad, o en algunos de los otros estados patológicomentales, sin necesidad de acudir a una nueva especie que no deja de ser odiosa y repugnante. Comprendiendo, pues, todas las causas por las cuales se hace necesaria la curatela, que ya llamamos ejemplar en la idea de incapacidad, no está demás advertir que a fuerza de distinciones y de discurrir acerca de la tutela legítima y dativa, algunos autores han llegado a suponer que la de los furiosos debía ser legítima, y la de los mentecatos dativa, así como también la de los pródigos y lujuriosos. La ley 13 se vale de las palabras *locos* o *desmemoriados*, por manera que, una vez conocido cómo debe establecerse la curatela ejemplar, semejante cuestión debe tenerse por del todo inconducente a ningún resultado práctico.

Tanto la incapacidad como la aptitud deben resultar completamente justificadas; indispensable, por lo tanto, se hace que el juez forme exacto juicio para declarar la una y determinar la elección por la otra. Al efecto, es necesario un expediente en el cual se proceda de un modo conducente a su objeto y fin: su objeto es la averiguación y determinación de la incapacidad; su fin, el de suplir el defecto de

nombrar el curador. Para llegar a él es preciso que tenga un principio, y éste puede ser o por denuncia o de oficio, pues sin necesidad de que nadie especialmente lo promueva, si el juez, por la que se llama fama pública o por hechos que den suficiente motivo a la creencia, llega a comprender que hay motivo racional bastante para proceder a la investigación, no sólo puede, sino debe iniciarla de su propia autoridad. La denuncia se extiende hasta constituir acción pública: no vemos consignada en la ley 13, ni en ninguna otra, la graduación del deber que en la 12 se determina con referencia a la petición de tutela dativa, ni tampoco la sanción penal impuesta a la omisión; por consiguiente, no creemos que pueda ser extensivo lo determinado sobre este extremo en la tutela a la curatela, porque además de no preceptuarlo la ley, el supuesto de que se parte en la tutela es siempre incuestionable y nada tiene de odioso, pues consiste en la edad de orfandad de la persona de quien se trata; y el de la curatela, por el contrario, es siempre dudoso y hasta cierto punto repugnante, puesto que consiste en imputar a una persona la condición de incapacidad. Sin embargo, aunque el deber no sea perfecto en sentido jurídico por no poder ser exigido especialmente, ni estar garantizado por la sanción penal, moralmente lo es, pues de inmoral e impío debe calificarse el dejar abandonada la persona y en términos de que, por su falta de razón, pueda incurrir en irreparables perjuicios y hasta en injurias, ofensas a sus semejantes, que llegarían a constituir delitos si no las excusara la misma falta de juicio; así debe comprenderse la acción y hasta la obligación general de denunciar el miserable estado en que se encuentran los incapacitados, y tanto más inexcusable será la omisión cuanto mayor o más cercano sea el vínculo con la desgraciada persona que necesita el amparo y protección de la curatela. Frecuentes son los casos, nadie desconoce esta verdad, en los cuales los parientes, los amigos, los allegados, por escrúpulos sociales, por otras supuestas y siempre inmotivadas razones, incurren en la omisión, resultando que se acude al remedio cuando ya el mal ha producido

graves e irreparables perjuicios, no sólo en los bienes de los incapacitados, sino también en otras personas víctimas de su locura o furor, pudiéndolos haber precavido y evitado. Iniciado el expediente de cualquiera de los dos modos indicados, su curso, en los términos referidos, debe ser el conducente a su objeto y fin, comprendiéndose en el mismo, para su complemento, lo referente a la aptitud de la persona a quien debe encomendarse el cargo, sin que haya otra especialidad que notar sobre él acerca de este punto que la de ver protocolizarse una vez concluído, según se previene en el art. 1.251 de la ley de Enjuiciamiento.

Examinado ya lo concerniente a la curatela de los incapacitados, que es la que con la modificación del concepto, según ya tenemos dicho, puede llamarse legítima, debemos pasar a la dativa, que es la verdaderamente aplicable a los púberos menores de veinticinco años. Éstos, estando en su acuerdo, según las terminantes palabras de la ley, «non pueden ser apremiados que reciban tales Guardadores, si non quissieren»; sigue la ley determinando una excepción; pero, prescindiendo por ahora de ella, es preciso considerar la regla general, que consiste en que a los menores no puede sujetárseles a la curatela contra su voluntad.

Ya hemos visto cómo los romanos llegaron a salvar este principio, evitando al mismo tiempo, aunque por medios indirectos, los inconvenientes que se seguían de su rigurosa observancia. En nuestra legislación no hemos encontrado establecido, o, si se quiere, reproducido, el medio a que se acudió en tiempo de Antonino, y la jurisprudencia ha venido a determinar que los púberos mayores de veinticinco años tengan siempre guardador, pero dejándoles la libertad de elegir y designar para el cargo a la persona que ellos quieran; de este modo se han concordado los dos extremos, de voluntad y necesidad, por manera que la curatela de los menores es necesaria y al mismo tiempo voluntaria por la libertad de elección que se les concede. Mas todavía faltaba concordar esto con la idea de la curatela testamentaria, y a todo ello se ha acudido en la ley de Enjuiciamiento. Ya hemos visto cómo por el art. 1.231 debe el

juez respetar la voluntad del testador, discerniendo el cargo al que resultare nombrado en el testamento: lo mismo que con alguna diferencia determinan los artículos 1.233 y 1.234 respecto al nombramiento hecho por la madre, y aun por algún extraño, que hubiere instituído heredero o dejado importancia al menor. Pero ya en el art. 1.236 se dice «que si el menor se opusiere al nombramiento de curador hecho por la madre o por la persona que le ha instituído heredero o dejádole manda de importancia, y el juez lo creyere fundado, podrá negar el discernimiento del cargo al nombrarlo»; y en el art. 1.237 se establece «que no habiendo curador nombrado por el padre, madre o persona que haya instituído heredero al menor o dejádole manda de importancia, corresponderá al menor su mismo nombramiento.» Por supuesto que éste debe recaer en persona que reúna las condiciones necesarias para el desempeño del cargo, pues, de lo contrario, podrá el juez negarle el discernimiento y exigir del menor que nombre otro en su lugar (artículo 1.239).

Es cierto que con estas prescripciones se han resuelto muchas y graves cuestiones que se producían en consideración a nuestras leyes sustanciales, pero por un medio de tal naturaleza que origina otra cuestión de mucha mayor gravedad. Por una ley adjetiva; por una ley que, como ya en otra parte hemos dicho, con dificultad se le puede conceder el nombre de tal; por una ley cuyo objeto es restablecer en toda su fuerza las reglas cardinales de los juicios; por una ley cuyo único objeto fué la modificación en la sustanciación de los juicios, en el punto en que nos ocupamos, como en otros muchos, se ha venido a contrariar los principios reconocidos y los preceptos establecidos en nuestras leyes sustantivas, en nuestras leyes determinativas y de nuestro derecho en lo concerniente a lo verdaderamente sustancial. A los menores, conforme a la recta interpretación de las leyes de las Partidas, se les reconocía el derecho de rechazar libremente el curador que el padre les hubiese nombrado, «porque non debe ser dejado en el testamento, y porque non pueden ser apremiados que

resciban curadores si non quisieren»; pues ya por los artículos citados, es forzoso a los menores admitir los curadores que los padres les nombren, y sólo con razón fundada, a juicio del juez, pueden excusarse de la curatela establecida por la madre o por el extraño que los haya instituído herederos o dejádoles manda de importancia; de modo que la absoluta libre facultad que tenían los menores para nombrar sus curadores, ha quedado reducida al caso en que ni el padre, ni la madre, ni la persona que les haya instituído herederos o dejádoles manda de importancia, se los hayan nombrado en sus testamentos.

Pasando de la regla general a la excepción que dejamos indicada, es preciso empezar a explicar en qué consiste. Los menores no pueden ser apremiados a recibir curadores. «Fueras ende, si ficiessen demanda á alguno en juyzio, ó otro la fiziesse á ellos. Ca estonce, los judgadores les pueden dar tales Guardadores, como estos.» De aquí proviene, tomada directamente del latín, la denominación de *Curador ad litem*. Por mucho tiempo, aunque no en todos, en muchos territorios, se ha abusado, si bien con algún motivo, como veremos al determinar la forma o modo en que deben litigar los menores, del nombramiento de esta clase de curadores, dándolos a los menores aunque tuvieran otros y aunque los que tenían pudieran sin ningún inconveniente litigar a su nombre, y de aquí la necesidad de distinguir entre ellos, llamando a los primeros *curadores ad bona*, y a los segundos *curadores ad litem*. Los menores, como en su lugar veremos, y ya hemos indicado, no pueden obligarse por sí, ni, por consiguiente, enajenar sin el auxilio e intervención del curador. Todo litigio comprende, aunque implícitamente, la idea de convención, y por eso está comprendido en la general del cuasi contrato, porque, demandando o defendiendo, el que litiga tiene que sujetarse a lo que por la sentencia se determine; el menor, por consiguiente, lo mismo para contratar que para litigar, y por la misma razón, necesita curador, si pues no lo tiene, como supone la ley, forzoso es dárselo cuando llega a realizarse el supuesto; pero si lo tiene, no

hay para qué darle otro, y esto ha sido lo que ha venido a determinarse en la ley de Enjuiciamiento, muy conforme en esta parte con la de la Partida, que terminantemente dice «que al huerfano que a guardador non le deven dar otro»; dejamos para después las excepciones que en la misma se comprenden. En la ley de Enjuiciamiento, regularizando estos preceptos, se ha determinado que no se nombre curador para pleitos a los menores de doce y catorce años, ni se permita los nombren los mayores de dichas dos edades, respectivamente, sino cuando los tutores o curadores no puedan, con arreglo a derecho, representarlos (art. 1.253). Que en todos los demás casos no podrán representar a los menores más que su tutor o curador, sin que por ningún pretexto se admita la representación del curador para pleitos (art. 1.254). Que el nombramiento de curador para pleitos, cuando el juez hubiese de hacerlo, debe recaer en pariente inmediato, si lo hubiere, del menor; en su defecto, en persona de su intimidad o de la de sus padres, y no habiéndolos o no siendo aptas las que hubiere, en vecino del lugar del domicilio del menor que mereciese la confianza del juez (art. 1.255). Que los menores mayores de catorce años siendo varones, y de doce si hembras, podrán nombrar curador para pleitos a quien tengan por conveniente (art. 1.256). Quedando, sin embargo, al prudente arbitrio del juez otorgar al nombrado el discernimiento del cargo, o negárselo si creyere que no reúne las circunstancias necesarias para desempeñarlo (artículo 1.257) (1).

Las indicadas excepciones a la regla general de que existiendo guardador no debe ser nombrado otro, se reducen a si el que se encuentra instituído «fuesse ome de mal recabdo ó tal que oviesse de ver tanto en lo suyo que non pudiesse aliñar los bienes del huerfano; ó si enfermase, oviesse de yr en romeria, ó en otro grand camino. Ca eston-

(1) Artículos 1.852 a 1.860 de la vigente, aunque tampoco rigen por virtud de las disposiciones del Código civil.

ce, puedenle dar otro Guardador que lo guarde en lugar de aquel, á quien dizen en latin, Curator fasta que el otro sea sano, ó tome del camino do oviesse ydo». Interesantísima es esta parte de la ley, no sólo en lo concreto al derecho civil, sino por la relación que tiene con uno de los grandes acontecimientos de nuestra historia contemporánea; merece, pues, ser examinada con verdadera detención. Hemos asentado, como uno de los principios que se reconocen en la materia, que existiendo un tutor no puede admitirse otro; en la ley se reconoce este mismo principio, pero no usando de la palabra *tutor*, sino de la de *guardador,* y a seguida se establecen las excepciones, diciéndose que cuando llegue a incidirse en cualquiera de las tres que se determinan, se dé otro guardador, a quien dicen en latín *curator;* resulta, por consiguiente, que existiendo un tutor, no puede darse otro tutor, y que cuando se verifiquen los casos excepcionales, lo que se da es un curador; mas el principio reconocido no se extiende con igual fuerza a la idea de curatela, y cuando existe guardador, no tutor, sino curador, en los casos de excepción cabe que se dé otro guardador curador; no puede admitirse, por lo tanto, que existan dos tutores a la par, pero sí un tutor y un curador, o dos curadores. Veamos de aplicar esta doctrina a los tres casos excepcionales. El primero se refiere a la inconveniencia que para ejercer el cargo resulte por carecer el guardador de condiciones suficientes, aunque no lo sean para removerlo de la guarda; en tal caso, si es tutor, sin privarle absolutamente de la tutela, se nombrará un curador que se encargue del cuidado de la persona, bienes e intereses del pupilo, si bien sea con carácter de perpetuidad, porque en este punto la ley no limita la excepción. Si el guardador es curador, se nombrará otro bajo los mismos supuestos. En los casos de enfermedad o de ausencia, si el guardador es tutor, no por ello dejará de serlo, y el nombrado será en concepto de curador y tan sólo para mientras dure el inconveniente o impedimento; esto es lo que determina la ley, en conformidad a todos los principios reconocidos y demás preceptos establecidos, como al

tratar de las excusas veremos confirmado. Entre los romanos, reconocida con toda exactitud esta doctrina, se alambicaban todavía más los conceptos con otra institución, introducida por el derecho Pretorio, bajo la denominación de protutela. Acontecía muchas veces, y suele acontecer que los derechos e intereses del pupilo aparezcan en alguna oposición con los del tutor; repugnaba, aunque no absolutamente, que existiendo tutor se nombrara curador, y para evitar la repugnancia acudían al artificio de nombrar lo que llamaban protutor, cuyo cargo se reducía a velar sobre los intereses reales y personales del pupilo, para que antes de padecer detrimento, para que antes de verificarse una causa o sospecha suficiente para la remoción, se precaviera y evitara lo que tal vez después de sucedido no tuviera remedio. Mucho podría decirse en pro y en contra de la protutela; nosotros únicamente diremos que la aglomeración de precauciones por llegar al exceso puede hacerse perjudicial en vez de beneficiarse.

Al tratar de la tutela hemos examinado hasta qué punto debe considerarse forzoso el ejercicio del cargo cuando es testamentaria o dativa, puesto que en la legítima es legalmente voluntaria. Respecto de la curatela, y concretamente a este extremo, lo primero que ocurre es que, como la distinción de sus diferentes clases no toma su razón de las mismas causas que de la tutela, no es posible aplicar a su resolución los mismos razonamientos; sin embargo, acudiendo a lo fundamental de la doctrina, se encuentra el verdadero criterio para la decisión. La curatela, que con más o menos exactitud puede llamarse testamentaria, deberá considerarse obligatoria, aunque en menor grado que la tutela que se distingue con la misma denominación, porque siendo en ésta terminante, incontrovertible, que al padre se concede, y en la otra tan dudoso, como la ley al tratar de ella empieza por negarlo, viene a resultar que la causa de la cual procede la obligación tiene mucho menos fuerza en la una que en la otra. La curatela legítima, reduciéndola a la que debe aplicarse a los incapacitados, entre los romanos, por su primitivo derecho se consideraba for-

zosa; mas como después fueron modificando notablemente los conceptos, al trasladarlos a las leyes de las Partidas, ya vino la institución asimilándose mucho, si no parificándose por completo, a la tutela, por lo que creemos que lo mismo que ésta debe reputarse el cargo puramente voluntario. En la dativa hay que considerar que toma su causa de la designación o nombramiento del menor, el cual, probablemente, ha de hacerlo recaer en persona que no lo rechace, por manera que también debe reputarse voluntario. Además, y sobre estas observaciones puramente jurídicas, existe, como ya hemos indicado, la razón fundamental de no deberse forzar a nadie al ejercicio de cargos tan delicados, tan de confianza y de conciencia cuando existan otras personas contra las que nada pueda sospecharse y se presten voluntariamente a su ejercicio.

CAPÍTULO IV

De las cosas comunes a la tutela y curatela.

Venimos constantemente repitiendo que las leyes de las Partidas, sin dejar de hacer las debidas y necesarias distinciones entre la tutela y curatela, las confunden en el género de guarda, aplicando a las personas que las ejercen, indistintamente, el nombre de guardadores. Desde este capítulo nos proponemos tratar de las cosas que son comunes a las dos especies; pero se hace preciso consignar que, así como al considerarlas distintas no hemos podido prescindir de tomar en cuenta aquello en que se parifican, pues sólo por comparación podía explicarse la diferencia, del mismo modo ahora, respecto de muchos puntos, tendremos que distinguir para poder determinar lo que a las dos es común. Esto significa que la absoluta perfección del método, como de todo en lo humano, es imposible; sin pretender realizarla, por lo tanto, procuraremos acercarnos a ella en todo lo que podamos, y, al efecto, dividiremos este capítulo en dos secciones, comprendiendo en él lo referente a quiénes pueden ser guardadores y a los requisitos que deban llenarse antes de empezar a ejercer la guarda, y en los siguientes nos ocuparemos de cuáles son las atribuciones de los guardadores, de las causas por las cuales se concluye el cargo y de los derechos y acciones después de concluído. Es decir, seguiremos el orden del tiempo, examinando el antes, el durante y el después.

SECCION PRIMERA

DE QUIÉNES PUEDEN SER GUARDADORES (1)

Planteamiento de la cuestión. — Explicación del concepto excusas en Derecho romano y en las Partidas. — Distinción entre excusas necesarias y voluntarias. — Causas que impiden y causas que excusan. — Defectos físicos, mentales o morales. — Menor edad. — Mujeres. — Estado religioso. — Deudores de los menores. — Militares. — Sordomudos. — Excusas. — Concepto. — Número de hijos. — Administradores o recaudadores de contribuciones o rentas. — Servicio del Rey o de la tierra en que vive. — Pleito entre el guardador y el huérfano. — Pluralidad de guardas. — Pobreza. — Enfermedad — No saber leer ni escribir y ánimo apocado. — Enemistad con el padre del pupilo. — Pleito de servidumbre con el padre del huérfano. — Mayor de setenta años y menor de veinticinco. — Militares. — Maestros profesores de las ciencias. — Guardador del pupilo hasta los catorce años. — Marido de mujer menor de edad. — Excusas varias no comprendidas en las leyes de Partidas. — Término para proponer y resolver las excusas. — Abono de daños por excusas no aceptadas. — Advertencias finales.

Convertido en pregunta este epígrafe, generalmente se contesta diciendo: todos los que no tienen impedimento legal, y deben serlo todos los que carecen de justa causa para excusarse. Esta contestación parece que nada significa, puesto que en nada aclara la idea; sin embargo, es muy insignificativa y hasta verdaderamente filosófica, porque, convirtiendo el concepto, manifiesta que en la materia debe procederse del conocimiento de lo excepcional a la determinación de lo general: de modo que para conseguir la determinación de quiénes pueden ser guardadores, el medio mejor, si no único, es el conocimiento de quiénes no pueden serlo, y para la fijación de quiénes deben serlo, es preciso acudir a conocer los que pueden excusarse. Vamos, pues, a examinar las causas y razones que impiden el ejercicio del cargo y las que son suficientes para que se exima de él la persona que debía ejercerlo; pero antes de pasar al

(1) Artículos 237 a 251 del Código civil.

examen concreto de cada una de ellas, se hace preciso decir algo sobre su generalidad y explicar la verdadera y técnica perfección de algunas voces. En el derecho romano se llamaban excusas, tanto las causas que impedían ser tutor o curador, cuanto las que se consideraban suficientes para eximirse del cargo, en términos de hacerse necesario acudir a una distinción, llamando a las primeras excusas necesarias, y a las segundas excusas voluntarias. En las leyes de las Partidas ya se expresó la idea de un modo más distintivo, pues en algunas del título 16 de la Partida 6.ª se comprenden las primeras, y en el título 17, las segundas. En su consecuencia, podría llamarse a las unas impedimentos o incapacidades, y a las otras, verdaderas excusas; mas, sin embargo, no es posible desechar completamente la distinción, pues prescindiendo de las incapacidades, y aun tratándose únicamente de las excusas comprendidas en el título 17, entre ellas se encuentran algunas que más bien toman su razón de la imposibilidad que producen para acudir al cuidado de los huérfanos y sus bienes, que de condición beneficiosa, y, por lo tanto, voluntaria, para eximirse del cargo. Siendo esto lo cierto, como el mismo examen de la materia llegará a demostrarlo, para su exposición se incurre en la necesidad de ir examinando una por una las causas que impiden y las que excusan, y entre éstas, y por su razón concreta, las que más bien deben tenerse por necesarias que por voluntarias.

Dice la ley 4.ª del título 16: «El que fuere dado por Guardador de huerfanos, non *deue* ser mudo, nin sordo, nin desmemoriado, nin desgastador de lo que ouiere, nin de malas maneras. E deue ser mayor de veynte, e cinco años; e varon e non muger. Fueras ende, si fuesse madre, ó auuela, que fuesse dada por Guardador dellos. Ca entonce, tal muger como sobredicha es, si prometiere en mano del Rey, ó del Juez del lugar do son los huerfanos, que de mientra que los mozos tuviere en guarda, que non casara; e otrosi, si renunciare la desension que el derecho otorga á las mugeres, que no se puedan obligar por otri; estonce, bien le puede otorgar la guarda de sus fijos, ó de sus nie-

tos, segun que es sobredicho. E la razon, por que defendemos que non case, de mientra que los mozos touiere en guarda, es esta: por que podria acaescer, que por el gran amor que auria á su marido que tomasse de nueuo, non guardaria tan bien las personas, nin los bienes de los mozos; ó faria alguna cosa, que se tornaria en gran daño dellos. E otrosi, si non renunciasse la defension sobredicha, dubdarian los homes, de mercar ó de fazer pleyto con ella; maguer oviesse menester de lo fazer, por guarda, ó por acrescentamiento, ó por pro de los bienes de los mozos. E deue el Guardador ser establescido, por mandado del padre, ó del auuelo; ó por otorgamiento de las leyes, assi como por parentesco; ó por mandamiento de los Judgadores, assi como de suso deximos.»

Conviene empezar el examen de esta ley por su última parte para fijar, desde luego, que sus conceptos y preceptos se refieren a todos los guardadores, puesto que concluye expresando las tres verdaderas clases en que pueden dividirse de testamentarios legítimos y dativos. Esto supuesto, y acudiendo ya a su principio, se encuentra en él la prohibición de que sea guardador el mudo, el sordo, el pródigo, el de malas costumbres, el menor de veinticinco años y la mujer; pero es preciso notar que al determinar el concepto general, la ley no se vale del verbo poder, sino del verbo deber, con lo que indudablemente se significa que la prohibición no es, por decirlo así, absoluta; que las personas comprendidas en los supuestos, aunque no deben ser guardadores, pueden, sin embargo, serlo, y como esto es lo cierto, verdaderamente admira la exactitud con que se expresa la idea. Hemos ya visto que el padre y demás personas, que con unas u otras condiciones pueden nombrar tutor testamentario, están facultados para hacerlo sin ninguna limitación respecto de la persona por ellos elegida, y hasta tal punto, que cuando existe o sobreviene alguna causa que impida el ejercicio del cargo, debe suplirse, si la que resulta es absoluta y perpetua, por medio de la tutela dativa, y si temporal, con el nombramiento de un administrador de la

tutela; muy especialmente, y hasta el punto de poderse tomar por ejemplo, se encuentra esto determinado respecto de la menor edad; y he aquí el concepto tan admirablemente determinado por la ley: el mudo, el sordo, el desmemoriado, el pródigo, el menor de veinticinco años, no deben ser guardadores; pero si resultan nombrados en el testamento pueden serlo, y verdaderamente lo serán, si bien habrá que suplir, por los medios legales indicados, la falta que resulte del defecto de que adolezcan y por el tiempo que dure. Mas si esto es lo cierto relativamente a la guarda testamentaria, no así en la legítima, y mucho menos en la dativa, porque en la primera sólo debe encomendarse el cargo a la persona que legalmente se encuentre en disposición de su verdadero y completo ejercicio y esté llamado a él, según los preceptos legales, y nunca puede suplirse la guarda legítima con la dativa mientras existan personas llamadas por la ley; mucho menos en la segunda, porque todavía con más fuerza aparecen las mismas razones y consideraciones. Por lo que hace a la curatela, los razonamientos a que habría que acudir para determinar la cuestión, si se tratara de su completo análisis, tendrían que ser tan largos y minuciosos que excederían de los límites que nos hemos trazado, y sólo serían propios de un tratado especial sobre la materia. Por otra parte, no correspondería a tanto trabajo el resultado práctico; nos limitaremos, por lo tanto, a indicar que siendo como es lo cierto que la curatela, en el terreno de la práctica, va asimilándose cada vez más a la tutela, y que más que en ésta se encomienda la determinación al recto y prudente arbitrio judicial, hoy mismo debe atribuirse la facultad de decidir cuándo los comprendidos en la prohibición deben ser absolutamente excluídos del ejercicio del cargo y cuándo debe acudirse al nombramiento de otro curador en concepto de temporal o supletorio.

Conceptuamos que con lo expuesto basta para comprender las prescripciones de la ley 4.ª, en lo que se refieren a incapacidades para el ejercicio de la guarda por defectos físicos, mentales o morales; pero surge para nos-

otros una cuestión concreta al supuesto de la menor edad, que, aunque parece debía haberse ventilado al tratar de la tutela legítima, hemos querido reservarla para este punto, por querer entrar en ella con más antecedentes. Como indudable hemos fijado la doctrina de que el menor de veinticinco años puede ser nombrado tutor en el testamento, y que por tal se tendrá, si bien la administración de la tutela se encomiende a una persona dada al efecto; del mismo modo hemos fijado que no existiendo tutor testamentario, por la ley está llamado a serlo el pariente más próximo que reúna las condiciones necesarias para el ejercicio del cargo; pero puede acontecer que la de menor edad venga a mezclarse entre estos conceptos, y forzoso es considerar este supuesto con la debida detención. Para fijar los términos acudiremos a un caso práctico o que participe de ejemplo: supóngase que muere uno dejando un hermano de edad de veintitrés años; un primo de veintiséis, y un hijo, que también haya perdido la madre y abuelos, de diez. Indudablemente, la tutela deberá conferirse al tío, primo del padre, porque al tío, hermano, afecta la falta o tacha de menor edad; mas siguen viviendo los tres, y cuando el tío, hermano, cumple los veinticinco años y se remueve, por consiguiente, la causa que le impedía la tutela, todavía la necesita el huérfano. ¿Deberá seguir ejerciéndola el primo de su padre, o, con remoción de éste, entrar el hermano? He aquí la cuestión. Por una parte milita a favor del primero el precepto legal de que la tutela legítima siempre sólo se encomiende a persona que para ello tenga completa aptitud y se encuentre llamada por la ley en el primer término dentro de la graduación; a favor del segundo se presenta la razón de que privándolo de la tutela se contradice el principio de deber ejercer el cargo el más próximo pariente. No hemos podido encontrar, ni texto legal, ni siquiera opinión de ningún autor, que concretamente se refiera a esta cuestión, ni mucho menos que la decida; sin auxilio, pues, de ninguna clase, tenemos que exponer la nuestra. Al testador debe suponerse el conocimiento de las circunstancias de la familia, y a la par se le concede la fa-

cultad de encomendar a su hermano la tutela, no obstante su menor edad; si, pues, así no lo ordena, la presunción se inclina a que para el ejercicio del cargo prefiere su primo a su hermano, y esta, aunque imperfecta, es la única razón decisiva que encontramos. Especiales acontecimientos pueden contrariarla, porque puede suceder que patentemente resulte que si el padre no ha hecho testamento es porque no ha podido, porque le haya asaltado la muerte, como suele decirse, cuando menos la esperaba; pero esta contrarrazón, si se admitiera para el caso, tendría que extenderse al concepto general, y de ello vendría a producirse la negación del verdadero supuesto en que se funda la tutela legítima, que no es otro que la de ser aceptada por el padre, puesto que pudiéndola rechazar por medio de la testamentaria, no la rechaza. En la legislación goda no cabe semejante cuestión: llamados los parientes del huérfano con el juez a la determinación de la persona que de entre ellos debe ejercer el cargo, nada les impide el poder obrar con entera libertad, encomendándolo, según crea su conciencia conveniente, con carácter de perpetuidad o temporalmente, a la persona más a propósito, a la que mejor pueda realizar su objeto y fin; y venimos a parar en que en esta, como en la mayor parte de las cosas, nuestra legislación, verdaderamente indígena, es más profundamente filosófica que la transportada al código de las Partidas.

En la misma ley 4.ª, y entre las incapacidades para ser guardador, se encuentra la relativa, por regla general, a la mujer, con sus excepciones de la madre y de la abuela. Ya hemos tenido que considerar este punto al ocuparnos en la determinación de los que deben ser guardadores legítimos, y en el orden por el que están llamados; sin embargo, necesario es en este lugar explanar aquellas consideraciones. Como consecuencia legítima de las máximas fundamentales del derecho romano, la mujer no podía ser tutora, por la razón sencilla de estar ella constituída a la tutela, por no ser nunca cabeza libre; conforme fué relajándose el rigorismo de este supuesto, naturalmente fueron disminuyendo o perdiendo su fuerza sus aplicaciones y consecuencias, y

al mismo tiempo, creciendo la de las razones que no podían menos de admitirse en favor de algunas mujeres para encomendarles en ciertos y determinados casos la tutela; llegóse a comprender que, a falta de padres y abuelos, nadie mejor que las madres y abuelas podían cuidar de sus hijos y nietos, y en su consecuencia, no sólo se les concedió el poder ser tutoras testamentarias, sino que por su orden se les llamó a la legítima. Mas en el derecho se encontraban otros principios y preceptos que aparecían en oposición a lo que trataba de establecerse. La viuda podía casarse, y a la mujer se le reconocía una verdadera excepción tocante a la acción que contra ella se intentara cuando apareciera obligada por haberse constituído en fiadora. Esta excepción se había establecido por el Senado-consulto Veleyano. La mujer, al casarse, pierde en parte su libertad de acción, constituyéndose bajo el poder marital; no puede, por consiguiente, obrar por sí, de lo que había de resultar que en los negocios de la tutela tuviera que intervenir muy sustancialmente el marido. Además, la superioridad del hombre en fuerza y malicia podría ser causa de que, valiéndose del mismo amor que la mujer le profesara, abusara de su posición, en perjuicio de los derechos e intereses del pupilo, con el cual no estaba ligado por ninguna clase de afecto que pudiera inducirlo al buen proceder. El tutor, en el mero hecho de aceptar el cargo, queda obligado a responder de sus consecuencias, y en tal concepto se constituye en verdadero fiador, de lo que vendría a resultar, o una contradicción a lo que establecía el Senadoconsulto Veleyano, o, si ésta quería salvarse, una falta de garantía de los intereses del menor y de los que contrataran con su tutor. Al concederse, por lo tanto, a la mujer la facultad de ser tutora, fué forzoso concordar estos supuestos extremos, y se consiguió exigiéndole las condiciones de que renunciara a ulterior matrimonio y a la defensión o excepción que se le concedía contra la acción por fianza; a esto es a lo que se reduce la parte de la ley 4.ª que se refiere a la mujer en todo lo que es preceptiva y expositiva de su razón. En su literal contexto se habla sólo de la abuela

en singular; ya hemos visto, al tratar de la tutela legítima, cómo el concepto debe llevarse al plural, admitiéndose a las abuelas paterna y materna; pero algunos quieren extenderlo más, comprendiendo también a las bisabuelas. Sobre este punto tan sólo diremos que es muy expuesto interpretar lo supuesto excepcional, y que generalmente la edad, dado el supuesto, vendrá siempre a producir un verdadero inconveniente: otra cosa hay más digna de llamar la atención. Al ocuparnos en la curatela ejemplar, hemos visto que en la graduación que se hace de las personas en quienes debe recaer el cargo, se enumeran, aunque en último término, los hermanos (art. 1.245 de la ley de Enjuiciamiento), y en el siguiente se dice que si hubiere varios hijos o hermanos, serán preferidos los varones a las hembras (1). ¿Habrá de deducirse de aquí que además de la madre y abuelas, aunque no sea más que para esta especie de guarda, están comprendidas en la excepción, y, por consiguiente, en la imposibilidad de obtener y ejercer el cargo, las hermanas? El texto está tan claro y terminante como en patente contradicción con todo lo que preceptúan nuestras verdaderas leyes sustantivas. La 5.ª y la 19 del mismo título 16, Partida 6.ª, vienen en confirmación de todo lo reconocido y preceptuado por la 4.ª; mas como tendremos que examinarlas más adelante, nos limitamos por ahora a esta mera indicación.

En la ley 14 de dicho título 16 se comprenden otras incapacidades para el ejercicio del cargo, y hasta se ratifican algunas de las ya expuestas. Conviene examinarla por partes, y por eso excusamos en trasladarla en su totalidad, porque tendremos que ir copiando sus preceptos, y no es conveniente incurrir en varias repeticiones. Empieza diciendo: «Obispo, nin Monje, nin otro Relijioso, non puede ser Guardador de huerfano: por que estos atales han de servir á Dios en las Eglesias, e embargarse y á este servicio por la guarda que oviesse de fazer, en las personas, e en los bienes de los huerfanos.» Terminante aparece el

---

(1) Véase la nota de la pág. 318.

precepto y su razón: los obispos, los monjes y los demás religiosos deben considerarse abstraídos, separados de todos los negocios profanos, para poderse dedicar a los otros, más atendibles por más altos, y que constituyen el exclusivo objeto de su profesión; por otra parte, supuesto renuncian a sus bienes constituyéndose en pobreza y obediencia, contradictorio sería que se ocuparan en el cuidado de los ajenos. Pero como estas razones no militan con tanta fuerza respecto de los clérigos seglares, considerándose en la ley la diferencia, dice a continuación de lo copiado: «Mas los otros clerigos seglares, quien sean Missacantanos, no non, bien pueden ser Guardadores de los sus parientes huerfanos, por razon del parentesco que han con ellos. Pero deven venir ante el Juez ordinario del lugar, fasta quatro meses, desque supieren que aquel su pariente, murió e dexó fijos sin Guardador: e estonce deven dezir ante el, de como ellos quieren ser Guardadores de los huerfanos, que fueron fijos de aquel su pariente: e despues que esto ovieren fecho, pueden tomar los mozos en su guarda, e aliñar, e procurar los bienes dellos.» Se ha disputado acerca de si la disposición de esta ley tiene aplicación tan sólo a la tutela legítima, o si también debe aplicarse a la testamentaria; respecto de la dativa, claro está que no. En nuestro concepto, no cabe duda alguna, pues la propuesta se resuelve sin más que acudir al supuesto comprensivo de los dos extremos. Los clérigos seglares, sacerdotes o misacantanos, diáconos y subdiáconos sólo pueden ser tutores de sus parientes, si quieren serlo y lo piden dentro del término de cuatro meses, contados desde la muerte por la cual resultó la orfandad del que necesita la guarda; el nombramiento que, por consiguiente, de ellos se haga en testamento, ni los obliga, ni les empece, ni los autoriza, dándoles facultades que no tengan; pues si se refiere a un extraño es nulo, y si a un pariente, ni quita ni da más derecho que el que la ley concede. Sin embargo, creemos que si el padre o cualquiera de las personas facultadas al efecto nombra tutor a su pariente, que lo sea también del pupilo, relevándole de fianza, si el nombrado den-

tro de los cuatro meses expresa su voluntad y pide el discernimiento del cargo, deberá concedérsele sin exigírsela. No creemos esté demás indicar que las dos partes de la ley que dejamos copiadas son una fiel traducción del capítulo 5.º de la Novela 123.

Prosigue la ley: «Otrosi, los que fuessen debdores de los mozos, non pueden ser Guardadores dellos. Fueras ende, si los padres estableciessen en sus testamentos, que los guardassen.» La regla general y la excepción que se comprenden en esta parte de la ley vienen mutuamente a explicarse y confirmarse; es muy natural, y debe, por lo tanto, tenerse por fundada, la sospecha de que el tutor atienda más a sus intereses que a los de su pupilo, dado el caso supuesto por la ley, porque cuando los intereses son contrarios, como siempre sucede entre acreedores y deudores, siempre se atiende con preferencia a los propios que a los extraños; mas la presunción y la sospecha deben ceder ante la manifestación de confianza: implícitamente se comprende en el nombramiento de tutor, y no puede, bajo ningún concepto, negarse al padre la facultad de encomendar la custodia de las personas y bienes de sus hijos a la persona que tal vez sea su deudor por haber sido su más íntimo amigo. Conveniente, sin embargo, será que se justifique que el padre, al hacer el nombramiento, sabía que la persona que designaba para el cargo era verdaderamente su deudor o de su hijo, pues sin esta justificación ha lugar a la sospecha de haber procedido por error. Continúa la ley: «Otrosi non podria ser Guardador de huerfanos, el que fuesse obligado al Rey, por razon que oviesse tenido ó tuviesse, sus cilleros, ó sus heredades, ó otras rentas, de que le oviese á dar cuenta.» Como al redactarse esta ley no se distinguían con la debida precisión los bienes del Rey de los del Reino, su literal contexto, en el transcurso del tiempo, ha dado lugar a dudas y cuestiones; en el día ya está suficientemente determinada la diferencia, y conforme a ella debe admitirse que la prohibición se refiere a los administradores de fincas, contribuciones y rentas del Estado. Prescindimos, por ahora, de la razón de esta inca-

pacidad, y proseguimos con la ley: «Otrosi, dice, non puede ser Guardador de huerfano el Caballero, mientra biviere fuera de su casa, sirviendo al Rey, ó á otro Señor, en servicio de Caballeria.» También en esta parte ofrece el texto legal alguna duda producida por la significación de las palabras. La organización de los ejércitos era muy distinta de la actual en tiempo de D. Alonso; lo que, por lo tanto, se quiso establecer fué que los militares, mientras estuvieren en campaña o ausentes de sus casas por razón del servicio, no pudieran ser guardadores; mas como la incapacidad era, no absoluta, sino relativa al tiempo, indudablemente debía aceptarse que, sin perder la tutela, se nombrara administrador para mientras el impedimento durara; en el día se tiene por inconveniente que los militares no pueden ser guardadores, pero no se les considera sujetos a una absoluta prohibición, y hasta sin dificultad se les discierne el cargo cuando resultan nombrados en los testamentos. Considerada, sin embargo, sus especiales circunstancias y condiciones en cada caso particular, concluye la ley diciendo: «Otrosi el que fuesse mudo, ó sordo, non puede ser Guardador de mozos; nin el que fuesse ocasionado, ó embargado de su persona, ó en otra manera, de guissa que non pudiesse entender, nin trabajarse, en pro dellos.» Al examinar la ley 4.ª hemos visto que en ella se expresa la idea de incapacidad respecto del sordo y del mudo con el verbo deber y con el verbo poder; en la que ahora examinamos se dice que el mudo o sordo «non puede ser guardador»; allá dijimos la exactitud con que en aquella ley se procedía, y ahora parece que entre las dos existe una contradicción, pero no es así, y muy por el contrario, lo que verdaderamente resulta es la entera conformidad. El mutismo y la sordera pueden ser temporales o perpetuos, y hasta puede dudarse, mientras existan, si continuarán o no; cuando sean temporales o cuando exista la duda, el sordo o mudo no debe, pero puede ser guardador; mas cuando cualquiera de los dos defectos sea absoluto y perpetuo, lo mismo que cuando exista otro embargo o impedimento con las mismas condiciones, el que los padezca no

puede ser guardador; de este modo se concuerdan las dos leyes y se comprende su exquisita exactitud, notando también que la 4.ª se refiere a la tutela y la 14 a la guarda en general, y que, por lo tanto, si la 4.ª parece menos preceptiva es porque en ella se considera el supuesto de la tutela testamentaria. Para concluir el examen de la ley 14, tenemos que llamar la atención sobre una cosa que verdaderamente la merece. Hemos dicho que una de las razones en que se funda la incapacidad de las mujeres para ser guardadoras consiste en que, por regla general, no es eficaz la obligación que contraen cuando se constituyen en fiadoras; acabamos de ver que ni los obispos, ni los clérigos regulares, ni los administradores de fincas, contribuciones o rentas del Estado, ni los militares pueden ser guardadores. Pues bien: a todos éstos, lo mismo que a la mujer, por la ley 2.ª, título 12, Partida 5.ª, se les prohibe el constituirse en fiadores, y como viene a resultar que tampoco pueden serlo los comprendidos en otras prohibiciones, resulta la regla general de que no puede ser tutor el que no puede ser fiador. Al tratar de la fianza concretamente a la guarda de los huérfanos, y en su debido lugar, en términos generales, tendremos ocasión de explanar más estos conceptos.

Conocidas ya las causas que pueden llamarse incapacidades o impedimentos, y asimismo las razones en que se fundan, podrá determinarse con más fijeza todo lo concerniente a las excusas y a la distinción que de ellas hemos indicado, diciendo que algunas más bien toman su razón de la imposibilidad para acudir al cuidado de los huérfanos y sus bienes que de condición beneficiosa, y, por consiguiente, renunciable, en que los guardadores se encuentran para eximirse del ejercicio del cargo, y esto en términos de no poderse desechar la distinción de necesarias o voluntarias, conforme a los mismos textos legales, en los que se establecen y explican. En el encabezamiento preámbulo del título 17 de la Partida 6.ª se dice: «Queremos aquí contar las razones por que se pueden escusar de tal guarda, quando no la *quieren* fazer, ó non *pueden*.» Desde lue-

go, aquí se ve terminantemente fijada la distincion entre no querer y no poder: lo primero expresa voluntad; lo segundo, imposibilidad; mas dice la ley 1.ª del mismo título: «Escusanza, tanto es como mostrar alguna razon derecha, en juicio, por que aquel que es dado por Guardador de algun huerfano, non es tenudo de recibir en guarda á el, nin á sus bienes. Pero non ha por que mostran escusanza ninguna, el que es dado por Guardador de huerfano, seyendo el menor de veinte, e cinco años: por que estos atales non lo pueden ser, maguer quieran.» Desde luego puede admitirse por buena la definición que de la excusa da la ley; pero es preciso notar que, según su literal contexto, la idea se refiere más bien a no entrar en el ejercicio del cargo que a eximirse de él una vez aceptado, y, sin embargo, veremos que con el nombre de excusas se expresan causas por las cuales aun los ya guardadores deben dejar de serlo, puesto que las encontraremos enumeradas entre las que dan motivo a la remoción por producir sospecha de mala administración, si bien el complemento de este extremo tendrá que reservarse para el capítulo en que tratemos de la conclusión del coguarda. Volviendo ahora a la ley, nos encontramos con que en su segunda parte se declara que aquel a quien afecta una causa de imposibilidad no tiene que alegarla por excusa, pues no puede ser guardador aunque quiera, y aunque esto aparece concretamente establecido respecto del menor, es indudable que debe tomarse como regla general, porque, de lo contrario, además de incurrirse en verdaderos absurdos, resultaría que todas las causas de verdadera incapacidad vendrían a convertirse en excusas voluntarias. Forzoso, por lo tanto, es reconocer que siempre que sobrevenga un verdadero impedimento, aun después de entrar en el ejercicio del cargo, debe tenerse éste por concluído; por manera que se llamará excusa necesaria cuando sea alegada por el guardador, e incapacidad cuando llegue a conocerse su existencia por cualquiera otro medio. Como entre las excusas acerca de la menor edad venimos con insistencia tratando, y como este supuesto se encuentra también entre las

excusas, y, por lo tanto, tendremos que volver a considerarlo, nos excusamos, por ahora, de insistir más en él.

La ley 2.ª del mismo título enumera la mayor parte de las excusas; iremos, pues, considerándolas separadamente, porque así podrá tenerse más a la vista el texto legal que a cada una se refiere.

La primera es: «Razones ciertas son, por que los omes se pueden escusar, que non sean Guardadores de huerfanos. La primera es, quando aquel que es dado por Guardador, ha cinco fijos naturales, e legitimos, biuos. Pero si alguno ouiesse perdido de los cinco fijos uno, ó mas, en batalla, en servizio de Dios, e del Rey, bien puede ser contado entre los bivos; escusarse el padre, por esta razon, de ser Guardador.» Esta excusa se funda en dos razones: primera, la de establecer por este medio, como por otros varios, un incentivo al matrimonio; por eso no se deben tomar en cuenta más que los hijos legítimos, con exclusión hasta de los naturales; segunda, la de considerar que aquel que tiene que cuidar de cinco hijos, hartas ocupaciones pesan sobre él para que se le impongan otras; por eso la ley exige que los hijos vivan o hayan muerto en servicio de Dios o del rey, lo cual sólo se reduce a extender por estos motivos el beneficio. Como a todas luces aparece, la razón se funda en el reconocimiento de una ley beneficiosa, y como lo beneficioso puede renunciarse, la excusa es verdaderamente voluntaria.

Segunda. «Otrosi se pueden escusar, que non sean Guardadores, todos aquellos que han de recabdar las Rentas del Rey, e los que son sus Mensajeros, e los que han de judgar, e cumplir la justicia por obra. Pero si alguno destos ouiesse recibido en guarda algun huerfano ante que le ouiessen dado aquel oficio, non se podria despues escusar, por esta razon, que lo non ouiesse en guarda.» Al tratar de los impedimentos, se ha dicho que lo es el de administrar las cosas del fisco o de la nación, dando la razón de su fundamento e indicando que había que hacer una distinción que reservábamos para este lugar. Efectivamente, lo mismo los que administran las rentas o contribuciones

nacionales, que los que las recaudan, tienen que responder con sus bienes del exacto cumplimiento de su oficio, por lo que se encuentran impedidos para ejercer la guarda de los huérfanos: la distinción natural, por consiguiente, es la que se contiene en la ley, determinando que, si antes de recibir el oficio se hubiera obtenido la guarda, no serviría de excusa. La razón es muy sencilla: el que ya tiene obligados sus bienes a las resultas del ejercicio de un cargo, ni puede librarse de esta obligación por su mera voluntad y causa de utilidad, ni tampoco anteponer otra obligación que haga ineficaz la primera, y este es el motivo por el cual al que ya es guardador no puede servirle de excusa, para dejar de serlo, el obtener los indicados oficios. La palabra mensajero ha sido entendida de diversos modos; según unos, significa ausencia por causa pública, y el pronombre *sus* debe referirse al rey; según otros, se refiere a los que recaudan, y, por consiguiente, la oración debe componerse diciendo: los que recaudan y sus mensajeros; esto es, los recaudadores y las personas que ellos mismos comisionan para que vayan a otros lugares a hacer la recaudación: este creemos que es el verdadero sentido, en atención a que en la siguiente excusa, como luego veremos, se comprenden los que se ausentan por mandado del rey. Entendiéndose de ese modo las palabras sus mensajeros, se ve que respecto de ellos existe la misma razón que respecto de los recaudadores. En los que han de juzgar o cumplir la justicia por obra se comprenden los que ejercen jurisdicción, y la razón consiste en no deber ser guardador aquel que por su oficio está llamado a hacer cumplir las mismas obligaciones que pesan sobre los que lo sean, por no dar en el inconveniente de que llegue a ser juez y parte en el mismo asunto; pero también éstos, si han obtenido ya el cargo, no podrán excusarse de ejercerlo, y lo que se les prohibirá será el ejercer la jurisdicción, a lo menos concretamente a los asuntos de su guarda. Esta excusa, por sus mismos fundamentos, es una de las necesarias.

Tercera. «Otrosi dezimos, que si algun Guardador de huerfanos ouiesse de yr en seruicio del Rey, por su man-

dado, á alguna parte que fuesse muy lueñe; ó fuese alla, por servicio, ó por pro comunal de la tierra en que biue; este atal deuenle atender, fasta que venga. Pero deve dejar los mozos, e sus bienes en guarda, e en recabdo de tal ome, que piense bien de ellos, de mientra el tornare. E quando viniere, deve cobrar, e auer los huerfanos en su guarda, bien assi como los tenia en ante. E aun dezimos, que desde aquella sazon que viniere fasta un año, nonle deven dar otro huerfano nueuamente en guarda. Fueras ende, si pluguiere á el mesmo, de lo rescebir.» Ya en el capítulo anterior, al examinar la ley 13 del título 16, hemos visto lo referente a la ausencia del guardador y cómo debe suplirse la falta que de ella resulte, distinguiendo el tutor del curador. La excusa de que ahora tratamos viene no sólo a corroborar lo que allá dijimos, sino a determinar un supuesto que en aquella otra ley no se comprende. En aquélla se declara que, a falta de guardador por ausencia, debe darse otro, y en ésta, que cuando la ausencia es motivada por un servicio público, el mismo guardador es el que debe nombrar su sustituto, concediéndole además lo que suele llamarse año de vacación, a lo que verdaderamente se reduce la excusa, pues durante él podrá rechazar cualquiera otra guarda que quiera encomendársele, siendo, por lo tanto, a todas luces, voluntaria.

Cuarta. «Otrosi dezimos, que si acaesciesse algun pleyto granado, de nueuo, entre el Guardador e el huerfano, sobre toda la heredad del mozo, ó sobre alguna partida grande della, que por tal razon como esta bien se puede escusar el Guardador, que non aya en guarda el huerfano.» Esta excusa, según el literal contexto de la ley, sólo tiene aplicación al caso de que el pleito sobrevenga después de estar constituída la guarda. En este supuesto debe considerarse necesaria; mas si el pleito ya existe con el padre o causante de la herencia del pupilo o menor, y no obstante la guarda se ha establecido en el testamento, deberá reputarse meramente voluntaria, porque aunque quiera suponerse que el nombramiento remueve toda sospecha, nunca hasta el punto de deberse obli-

gar al nombrado a constituirse en situación tan violenta.

Quinta. «E aun dezimos, que hauiendo algun ome tres guardas de huerfanos, si acaesciesse que le quieran dar otro en guarda, bien se puede escusar, por tal razon como esta, que non resciba la quarta guarda.» La razón de esta excusa no es otra que la de considerarse, si no imposible, muy difícil, el atender debidamente a más de tres cargos de esta naturaleza; así es que los autores admiten como opinión inconcusa que, aunque no sean tres y sí dos, o una sola, pero de tal gravedad o complicación que produzca notoria dificultad, debe admitirse la excepción, pues no es justo ni prudente imponer más cargas que las que con facilidad pueden sobrellevarse. Por este mismo criterio debe resolverse la cuestión de si la excusa ha de determinarse por el número de cargos o por el de las personas que en ellos se comprenden, pues unas veces la dificultad resultará respecto de la administración de los bienes, y otras del cuidado y educación de las personas. De todos modos debe reputarse voluntaria, aunque para exponerla haya que alegar la imposibilidad o gran dificultad de acudir a más guardas que las que ya se ejerzan.

Sexta. «Otrosi, el que fuesse tan pobre, que non ouiesse al, por que guarescer, sino por lauor de sus manos, bien se puede escusar que non sea Guardador de huerfano.» Esta excusa, dentro de la legislación de las Partidas, tal vez tuviera que reputarse necesaria, porque mal puede cuidar de otros el que necesita, como único medio de subsistencia, trabajar para sí; mas como la guarda entre nosotros no es gratuita, y sí por ella se tiene una retribución, de que más adelante tendremos que ocuparnos, forzoso es reconocer que en mucha parte cede la fuerza de su fundamento, y por otra no hay razón de privar al pobre de un cargo que pueda serle beneficioso si por sus demás circunstancias se le reconoce la aptitud: debe considerarse esta excusa voluntaria.

Séptima. «Otrosi se podria escusar que non fuesse Guardador, el que fuesse enfermo de tal enfermedad, de que nunca pudiesse guarescer.» La enfermedad, tal cual

la supone la ley, no puede menos de considerarse suficiente motivo tanto para no aceptar el cargo cuanto para eximirse de él, aun después de haber entrado en su ejercicio. Respecto de si esta excusa debe reputarse necesaria o voluntaria, es evidente que si el estado del guardador le impide absoluta y perpetuamente el ejercicio del cargo, de necesaria debe calificarse; mas si sólo le produce lo que se comprende en la idea de él, grandes dificultades, deberá limitarse al concepto de voluntario, por lo que, y no siendo posible establecer una regla general, forzoso será acudir a lo que de sí arrojen las circunstancias en cada caso particular.

Octava. «Et aun, el que non supiesse leer, nin escribir, si fuesse tan simple, ó tan nescio, que non se atreviesse á fazer la guarda con recabdo.» No basta para la excusa el no saber leer y escribir, pues además la ley exige el ser la persona llamada al cargo de ánimo tan apocado que no se atreva, que tenga temor de no poderlo ejercer fielmente; resulta, por lo tanto, que aun dado el primer supuesto, la excusa es voluntaria, y con mucha razón, pues frecuentemente se encuentran personas que aunque no saben leer ni escribir cuidan de sus cosas y pueden cuidar de las ajenas mejor que los eruditos.

Novena. «E aun se podria escusar de la guarda del huerfano, el que ouiesse auido grand enemistad capital con el padre de aquel que le quisiesse dar en guarda. E capital enemistad es dicha, quando aquel que es dado por Guardador del huerfano, acuso el padre del, de cosas que si le fuessen probadas, que le deuian matar por ende, ó ser mal enfamado; ó si le ouiesse assechado en otra manera, por lo matar; ó si ouiesse seydo su enemigo conoscidamente, e non fuesse despues fecha paz entre ellos.» En sí misma comprende esta excusa su razón, y como la ley pasa en seguida a determinar las causas que pueden tenerse por suficientes al efecto, nada ocurre que decir sobre lo que debe tenerse por fundamental. Si la enemistad ha existido, debe suponerse existente mientras no se sobrevenga una razón que la contradiga, o, como dice la ley, *si non fuesse*

despues fecha la paz entre ellos. El nombramiento de tutor hecho por el padre después de existir y haber conocido la causa suficiente para enemistar, debe reputarse que lo es también para concluirla; pero si el nombramiento es anterior, no puede en manera alguna considerarse como causa que remueva o concluya la razón de la excusa, que debe enumerarse entre las necesarias.

Décima. «E escusarse podria otrosi de la guarda, aquel á quien ouiesse mouido pleyto de seruidumbre el padre del huerfano, ó el al otro.» Los fundamentos de esta excusa son idénticos a los de la anterior: idéntica también debe ser su calificación, y, además, considerando el supuesto a que se refiere, creemos excusada mayor explanación.

Undécima. «E otrosi el que fuere mayor de setenta años, ó menor de veinte, e cinco.» Respecto de los menores de veinticinco años, ya dejamos expuesto todo lo que debe y puede deducirse de los textos legales anteriormente considerados y de los principios que en la materia se reconocen. La excusa, por lo tanto, que en esta ley se les concede, debe calificarse de voluntaria relativamente a la guarda testamentaria, si bien no puedan entrar en el ejercicio del cargo hasta que por haber cumplido la edad adquieran la necesaria aptitud. La que se concede a los mayores de setenta años, como que su razón consiste en el reconocimiento de autoridad y a la par necesidad de ocio, mientras que por sus achaques físicos o mentales estén en posibilidad de ejercer el cargo, debe también considerarse comprendida entre las voluntarias.

Duodécima. Dice la ley 3.ª del mismo título: «Cauallero que estouiesse en Corte del Rey, ó en otro lugar señalado por mandado del, ó por procomunal de la tierra, bien se puede escusar, que non tome guarda de huerfano, por razon de aquel seruicio que faze.» Hemos visto cómo los militares, al abandonar sus domicilios por razón del servicio, podían excusarse de la guarda que en ellos ejercían; en el texto legal que ahora examinamos, lo que se determina es que tampoco estén obligados a ejercerla en los lugares en que tienen que residir por razón del mismo servicio. Se ha

disputado sobre si esta excusa debe considerarse voluntaria o necesaria. En Roma era necesaria; y a la verdad que mal puede ejercer tan cuidadoso cargo el que, además de las ocupaciones del servicio, tiene contra sí la circunstancia de consiguiente movilidad, pues tal era la condición en que se constituían los militares cuando salían de los lugares de su común residencia. Sin embargo, por el texto legal *bien se puede escusar,* debe tomarse en concepto de establecida tan sólo como voluntaria.

Décimatercia. «Otrosi el que fuesse Maestro de Gramatica, o de Rhetorica, ó de Dialectica, ó de Fisica, mostrando su sciencia á los Escolares, e obrando por ella en su tierra, o en otro lugar, por mandado del Rey, bien se puede escusar qualquier dellos que non sea Guardador de huerfano. Esso mismo seria de los Maestros de las leyes que siruen a los Reyes, biuiendo con ellos por sus Juezes, ó por sus Consejeros. E aun dezimos, que los Filosophos, que muestran el saber de las naturas, se pueden escusar, que non sean Guardadores de huerfanos contra su placer.» En las literales palabras de la ley, y más todavía en su verdadero espíritu, se comprenden todos los maestros profesores de todas las ciencias mientras se dedican al servicio público enseñándolas, y respecto de la jurisprudencia sirviendo a los reyes, o, como hoy se dice, a la nación, en calidad de jueces o consejeros. Es cierto que entre los expresados en la ley no se encuentran los teólogos; pero éstos, y más en aquellos tiempos, eran generalmente clérigos regulares o seglares, y no había necesidad de incluirlos en esta excusa, estándolo ya en otras, como ya lo hemos visto. Sabido es también que la medicina se comprendía en la denominación de física, pues hasta en nuestro tiempo se ha llegado a llamar físicos a los médicos; de modo que la excusa debe considerarse extensiva a todos los catedráticos de todas las ciencias y a los profesores de la jurisprudencia mientras la practiquen como fiscales, jueces o consejeros, en cualquiera de los diferentes grados de la carrera. La excusa no puede menos de considerarse como una condición beneficiosa, y, por lo tanto, voluntaria.

Décimacuarta. «Otrosi dezimos, que el que fuesse dado por Guardador al mozo menor de catorze años, desque que le aya guardado fasta que sea desta edad, bien se puede escusar que lo non aya en su cura dende en adelante, si non quisiere.» La razón de esta excusa podría tomarse de la obligación de dar cuentas en que está el tutor una vez concluído el cargo, pues si prosiguiera en concepto de curador, vendría a resultar que se las diera asimismo. En esta consideración debería reputarse necesaria; sin embargo, como también y más principalmente toma causa de la conveniencia y equidad en que se dividan los cargos, y como, por otra parte, en el examen de las cuentas pueden tomar, si se toman, las precauciones necesarias para que no sean ilusorias, la excusa se reduce a meramente voluntaria.

Décimaquinta. «E sobretodo dezimos, que el marido non debe ser dado por Guardador de los bienes de su muger que fuesse menor de edad; por que sospechamos, que la muger, por amor que ha á su marido, non le demandaria emienda del daño, o del menoscabo, que fiziesse en ellos, e que gelo perdonaria todo de ligero. E por ende deue pedir el marido al Juez, que de á los bienes della otro Guardador, que sea sin sospecha.» Esta excusa, tomada del Derecho romano, debe considerarse modificada, si no completamente abolida, por nuestras verdaderas leyes. La constitución de la familia ha variado muy fundamentalmente de lo que era en Roma: al tratar de los efectos civiles del matrimonio, hemos expuesto cuanto se refiere a las personas y a las cosas, fijando los derechos que al marido se conceden sobre la administración de los bienes de su mujer, según sean las diferentes circunstancias o condiciones en que pueda encontrarse. Para explicar, pues, la modificación que ha sufrido el texto legal en que ahora nos ocupamos, tendríamos que repetir todo lo que allá dijimos, y es más fácil y conveniente acudir a ello por medio de esta sencilla referencia.

Además de las excusas comprendidas en las leyes de las Partidas, tratan los autores de otras: por la ley 3.ª, título 29, libro 7.º de la N., año 1556, con objeto de fomentar

la cría caballar, se concedió a los que tuvieran doce o más yeguas de vientre el no ser tutores ni curadores contra su voluntad; pero esta excusa o exención quedó derogada por el Real decreto de 17 de febrero de 1834. Han querido suponer algunos que los casados, en los cuatro primeros años de matrimonio, pueden excusarse de ser guardadores; pero las palabras de la ley en que se apoyan, 7.ª, título 2.º, libro 10 de la N., son las siguientes: que los cuatro años siguientes al día en que uno se casare, sea libre de todas las cargas y oficios concejiles, cobranzas, huéspedes, soldadas y otros, y no creemos que en ella se comprenda la guarda de los huérfanos, porque nunca ha sido calificada de carga ni oficio concejil, y la palabra *otros* podrá referirse a los de la misma clase que los especificados, pero no a ésta, de tan distinta naturaleza. Hay también algunos que de la ley 12, título 18, libro 6.º de la misma recopilación, quieren deducir que algunas de las excusas no podrían ser aplicables a los pecheros; pero aun prescindiendo de que ya no puede considerar subsistente semejante condición ni estado, aun acudiendo a la misma ley, se manifiesta que lo que únicamente se hizo por ella fué revocar las cartas reales que les habían concedido para no ser tutores ni curadores, pero en manera alguna se quiso derogar ni se derogaron las leyes generales que establecían y determinaban las excusas. Por último, en las ordenanzas generales del ejército se encuentra establecido que los militares, aunque no estén en activo servicio, puedan excusarse de ser tutores o curadores.

Dice la ley 4.ª y última del título 17: «El que se quiere escusar que non sea Guardador de huerfanos, deue mostrar delante del Juez la escusacion que ouiesse, fasta cinquenta dias; e deuense comenzar a contar, desde el dia que el supo primeramente, que era dado por Guardador. E esto se entiende, si es en el lugar aquel que es dado por Guardador, ó si es en otro lugar que non es más lueñe de cient millas. Ca si mas lueñe fuesse, deue auer estonce por cada veynte millas un dia, e treynta dias de mas, a que venga mostrar su escussacion. E el Juez, ante quien ouiere a ser

mostrada tal escusa, deue fazer, que desde el dia que se comenzaron a contar los dias sobredichos, fasta cumplimiento de quatro meses, sea librado el pleyto, si deue valer, o non, la escusacion. E si aquel que es dado por Guardador, mostrase escusa derecha, e non gela quiere caver el Judgador ante quien la mostrare, si se sintiere agrauiado de la sentencia que diere, pueden obrar della.» Es muy de notar que por las terminantes palabras de esta ley puede llegar a resultar que sea más breve el término que se concede al ausente que el concedido al que se halla en el lugar del nombramiento: a éste se le dan cincuenta días para proponer la excusa, y lo mismo al que esté en un radio de cien millas; pero si está a mayor distancia, se le concede un día por cada veinte millas, y, además, treinta: de modo que, encontrándose a ciento veinte millas, tendrá que proponerla dentro del término de treinta y seis días. Esta contradicción tan palpable, y en la que indudablemente incurrieron los autores de las Partidas por seguir el Derecho romano, sólo puede salvarse como se salva en el texto que sirvió por original y del cual dejaron de copiar la última parte. En el capítulo 16, título 15, libro 1.° de sus Instituciones, dice Justiniano, refiriéndose a Scævola, que la computación debe hacerse de modo que nunca resulten menos de los cincuenta días. Según el mismo texto, pueden alegarse sucesivamente diferentes excusas, con tal que se propongan dentro del término prefijado, y como ya se ve consignado en la ley, el juez debe hacer que el expediente o litigio concluya en el término de cuatro meses, contados desde el día en que fué notorio al guardador su nombramiento; la sentencia del juez es apelable, y aunque la ley no lo dice, la necesidad exige que en el litigio, el huérfano sea presentado y defendido por un curador ad lítem. A lo establecido por esta ley debe añadirse, para su complemento, lo que en su última parte declara la 8.ª, título 23, Partida 3.ª; dice así: «Otrosi les deue pechar todos los daños, e los menoscabos, que los huerfanos, o los otros, recibieron por mengua de guarda, desdel dia que fué escogido por Guardador, fasta el postrimero juyzio que fué

dado en razon de la escusa.» Es claro a todas luces que esta a manera de pena impuesta por la ley es tan sólo aplicable al caso en que la excusa o excusas sean definitivamente desechadas.

Con lo que dejamos expuesto y razonado creemos que basta para poder determinar quiénes son los que pueden ser guardadores; pero no estarán de más, para concluir, algunas advertencias. Todo lo referente a impedimentos o incapacidades y excusas necesarias o voluntarias se relaciona más o menos con las causas de remoción, o sean con las que se consideran suficientes para privar del cargo a los que se encuentran ejérciéndolo; mas como en tales casos resulta una verdadera conclusión de la guarda por parte del guardador, la perfección del método exige que nos reservemos el tratar de este punto para más adelante. Todo cuanto se refiere a excusas verdaderamente voluntarias debe tenerse tan sólo aplicable a las guardas testamentaria y dativa, porque la legítima en sí misma lleva la condición de voluntaria, y, por lo tanto, no necesita causa que la excuse. Y, por último, téngase muy en cuenta que el rigorismo con que las leyes de las Partidas exigen la justificación de justa causa para eximirse de la tutela y curatela, como ya hemos con insistencia indicado, no puede tener en el día una rigurosa aplicación, porque hasta tal punto han cambiado las cosas, que así como antes se consideraba la guarda de los huérfanos una verdadera carga, un gravamen, hoy día más bien se toma como un beneficio, como una cosa provechosa, sin que esto tenga nada de extraño, considerando que, según la legislación de las Partidas, era gratuito, y ahora es remunerado. No puede, por lo tanto, prescindirse de esta notable variación, con la que se llega hasta el principio de que es renunciable todo lo beneficioso: no queremos decir con esto que debe considerarse absolutamente voluntario el ejercicio de la tutela y curatela, pero sí que no debe exigirse con todo el rigor que aparece en las leyes de las Partidas.

SECCIÓN SEGUNDA

DE LOS REQUISITOS NECESARIOS PARA PODER EJERCER LA GUARDA

Consideración general. — Concepto de la aceptación y sus modalidades de expresa y tácita. — Obligación de hacer inventario. — Contenido del inventario. — Error en la inclusión de cosas no pertenecientes al huérfano. — Es requisito común a toda clase de guardas. — Concepto de la fianza. — Aparente contradicción entre la práctica y los textos legales. — Si cuando la madre es la guardadora legítima es tambien necesaria la fianza. — Fianza en el caso de la guarda testamentaria y en la dativa. — Doctrina de la ley de Enjuiciamiento. — El juramento como garantía moral. — Discernimiento.

Examinado y expuesto cuanto hemos creído necesario respecto de la aptitud de los guardadores para ejercer el cargo, naturalmente ocurre la necesidad de examinar los requisitos que jurídicamente se exigen para que el llamado a él entre en aptitud, pase de la posibilidad al hecho. En esta sección, por lo tanto, tenemos que proceder suponiendo la existencia de una persona llamada al ejercicio de la guarda, bien por la voluntad del testador, bien por la ley, bien por el nombramiento del juez, y, esto supuesto, los requisitos indicados pueden comprenderse en las ideas de aceptación, inventario, fianza, juramento y discernimiento. Dividiremos, para procurar el mejor orden posible, la sección en otros tantos párrafos, y así podremos dedicar una a cada uno de estos requisitos, sin dejar de considerarlos en conjunto, por lo que entre sí se relacionan.

§ I

Aceptación.

Puede decirse que la aceptación es la manifestación de querer ejercer el cargo, y tanto puede hacerse expresa

como tácitamente: por palabras, en las que implícita o explícitamente se comprendan, o por hechos de los cuales racionalmente haya deducirse; y hasta tal punto, que lo que generalmente se presume es la afirmativa, y nunca la negativa, si no aparece expresa. Sin embargo, es preciso tomar muy en cuenta la notable diferencia que resulta, como con insistencia venimos repitiendo, de considerarse el cargo gratuito, y, por consiguiente, gravoso, a ser como verdaderamente lo es, remunerado, y, por lo tanto, beneficioso. Conforme a la legislación de las Partidas, la aceptación, generalmente, sólo tenía cabida respecto de la guarda legítima, porque ya hemos visto que era voluntaria, y en la testamentaria y dativa, particularmente cuando los llamados se encontraban favorecidos con alguna excusa voluntaria que quisieran utilizar; mas en la práctica, y por la razón ya indicada, ha venido a modificarse, si no a variarse completamente, el concepto, en términos de considerarse por necesaria la aceptación, y así resulta de lo determinado por la ley de Enjuiciamiento. En su art. 1.227 se dice: «Previas la aceptación del designado y la prestación de las fianzas en la forma que queda prevenida, se le discernirá el cargo» (1). Lo prescrito en este artículo, indudablemente, se refiere al guardador legítimo, porque en el anterior, suponiendo que no lo haya testamentario, se dice que el juez debe designar al pariente a quien corresponda con arreglo a la ley; por manera que, considerada la de Enjuiciamiento con todo rigor, se ve que aparece en toda conformidad con la doctrina de la de las Partidas, refiriendo únicamente la aceptación a la tutela legítima. Sin embargo, siempre es conveniente que la aceptación conste, aun en los casos de ser la guarda testamentaria o dativa, no sólo por lo que ya dejamos repetido, sino para evitar dudas y hasta alegaciones de ignorancia, pues podría suceder que al querer entenderse con un tutor testamentario o dativo, si no había acto alguno expreso o tácito suficiente para re-

(1) Art. 1.868 de la vigente. Conforme al art. 261 del Código civil, el Consejo de familia es el que pone en posesión a los tutores.

mover toda excepción, contradijera el concepto y produjera un conflicto. No creemos necesario decir más acerca de este punto, porque con lo ya expuesto en el capítulo anterior podrán ampliarse las consideraciones que de él quieran hacerse, y también porque, con referencia a otros, tendremos más adelante que volvernos a ocupar en él.

§ II

Inventario (1).

Dice la ley 3.ª, título 3.º, libro 4.º del Fuero Juzgo: «E si la madre oviere la guarda de los fijos, ó quienquier otri, faga escripto de todas las cosas que dexó su padre a los huerfanos ante tres testimonios, ó cinco, presentes sus parientes e delante aquellos testimonios que son en el escripto, sea dado el escripto al obispo, ó á algun sacerdote a quien mandasen los parientes, que lo den á los ninnos despues que fueren de edad complida.» Y dice la ley 2.ª, título 7.º, libro 3.º del Fuero Real: «E quando vinieren (los huerfanos) á edad, dexeles el Guardador todo lo suyo ante el Alcalde, por el escripto con que lo rescibio.» En estas dos leyes, y de origen godo, se encuentra no sólo preceptuado como de absoluta necesidad el inventario por regla general, sino hasta su última razón, que consiste en considerarlo el medio único para que los huérfanos, concluída la guarda, puedan reclamar lo suyo; por eso, y porque en aquella época no había los medios que después se han adoptado para la custodia de los documentos, previene la ley del Fuero Juzgo que se deposite el inventario en persona de autoridad y de completa confianza, como tiene que considerarse al obispo u otro sacerdote, y que el depositario deba entregarlo al interesado, después de haber salido de la guarda.

---

(1) Artículos 264, núm. 3.º, 265 y 267 del Código civil.

Viniendo a la legislación de las Partidas, encontramos la ley 15, título 16, de la 6.ª, que dice así: «Aliñar, e enderezar los bienes de los huerfanos que ouieren en guarda, deuen los Guardadores, en esta manera. Ca luego, ante que otra cosa fagan, deuen fazer escrito de todos los bienes de los mozos, con otorgamiento del Juez del logar; e sea fecho por mano de alguno de los Escriuanos publicos. E á este escrito atal llaman en latin *Inventarium*. E en tal escritura como esta deuen ser trasladados todos los priuillejos, e las cartas de las heredades de los mozos. E si el Guardador non fiziere tal escrito como este, puede toller el Juez del logar la guarda de los huerfanos, e de sus bienes, como á ome sospechoso. Pero si el Guardador mostrasse razon derecha por que non pudo fazer el inuentario, non le deuen desapoderar de los huerfanos, nin sus bienes. Mas deuenle mandar que faga luego el inventario sin alongamiento alguno.» Según el literal contexto de esta ley, lo primero que debe hacer el guardador es el inventario; pero como para ser guardador se necesita hacer el inventario, aparece una implicación en los términos, la cual se desvanece distinguiendo el concepto de ser guardador del de estar en la plenitud del ejercicio del cargo. Por eso mismo hemos presentado como primero de los requisitos la aceptación, para lo cual, necesariamente, debe antes suponerse: o el nombramiento del testador, o del juez, o el llamamiento de la ley, de modo que ya resulte la persona que deba y pueda ser guardador, y por eso también hemos distinguido entre la idea de aptitud y actitud. El guardador, en concepto ya de ser el que verdaderamente ha de ejercer la guarda, debe hacer el inventario, por la sencilla razón de que, siendo uno de los fines de este requisito el de terminar de un modo efectivo la obligación de entregar o devolver los bienes, concluída que sea la guarda, jurídicamente es necesario que en el hecho intervenga el que ha de resultar obligado; así es que cuando, por cualquiera razón, el inventario no está hecho por el mismo guardador, se hace preciso lo que viene a ser una repetición, por más que se reduzca a términos muy breves y concluya con la aceptación del mismo

inventario o reconocimiento de que, efectivamente, el guardador recibe los bienes correspondientes al huérfano según aparece en el inventario que se ha hecho sin su intervención, y otorga la obligación de devolverlos. Debe asimismo, en la formación del inventario, intervenir el juez, y también la razón es muy sencilla: el representante del huérfano es el guardador, mas como en el negocio se trata precisamente de intereses y aun de derechos encontrados, para venir a parar en una verdadera convención, si no interviniera otra personalidad, otra potestad, que supliera la falta en una de las que se encuentran constituídas las personas, resultaría el imposible de que hubiera convención sin dualismo, de que el guardador contratara consigo mismo, y siendo, pues, indispensable otra personalidad, nadie mejor puede ejercerla, en negocio que siempre se ha reputado de interés público, que el juez, a quien en último término se encomienda la realización de los hechos que se tratan de garantizar. Exige además la ley que el inventario se haga por ante escribano público, con lo que se ratifica el concepto de que sea judicial, se consigue la completa autenticidad y se garantiza la custodia del documento, sin necesidad de encomendarla a otras personas de determinadas condiciones, como hemos visto establecido por la ley del Fuero Juzgo. Debe hacerse el inventario antes que otra cosa «fagan», mas no establece la ley en cuánto tiempo; y como puede suceder, y con frecuencia así sucede, que el necesario sea de alguna consideración, según toda la doctrina expuesta y hasta conforme al mismo texto legal, se incurre en el inconveniente de que durante el tiempo de la formación del inventario nada puede hacerse, lo que puede llegar a producir perjuicios al huérfano, por estar impedidos los actos para la administración. Mas todo esto se combina por el beneficioso medio de la intervención judicial: el juez, durante el tiempo considerado, debe intervenir en todos los actos, hasta de mera administración, y puede encomendarla, en todo lo que quepa en su recto criterio, al mismo guardador, hasta tal punto que el glosador de las Partidas resuelve que está facultado hasta a hacer

verbalmente el indicado encargo, distinguiendo, sin embargo, entre la administración, en concepto de interina, y la real y consiguiente que resulta de la perfecta actitud del cargo. El guardador que no hace inventario puede ser removido por sospechoso, y deberá serlo, si no justifica razones que se lo hayan impedido, pero ni aun en este caso el juez debe obligarle a hacerlo sin *alongamiento ninguno*, es decir, inmediatamente.

Establece la misma ley lo que debe ser el inventario, determinando qué sea una escritura pública, según ya dejamos dicho, en la cual sean trasladados todos los privilegios *e las cartas de las heredades de los mozos*. En la práctica, y con la plausible razón de economizar gastos, se suprime, por innecesario, el traslado completo y literal del privilegio y escrituras o títulos de pertenencia, y sólo se incluyen los derechos reales y personales, en extracto, con harto ligeras indicaciones: conveniente sería hacer algo más, si bien no todo lo que exige la ley, consignando en el inventario, y concretamente a cada uno de los derechos reales o a cada finca perteneciente al huérfano, la indicación del título por el cual le pertenece, pues de este modo se conseguiría el que se fuera sucesivamente repitiendo la noticia de las adquisiciones, que con frecuencia suele perderse, produciendo su falta lamentables perjuicios. Es cierto que en algunos casos, aunque en muy pocos, se hace inventario no sólo de los derechos reales y personales, sino también, y por separado, de los títulos de pertenencia y demás documentos y papeles que se consideran interesantes. En la ley 15 del citado título 16 parece que es esto último lo que se previene; sin embargo, el concepto es más general, y conforme a la ley 99, título 18, Partida 3.ª, en la escritura de inventario deben consignarse todos los bienes muebles y raíces y todos los créditos por derechos reales y personales, expresando los instrumentos o cartas referentes a su justificación. No copiamos literalmente esta ley por creerlo innecesario, y porque, sin que pueda caber duda alguna, su verdadero espíritu se reduce a determinar que debe expresarse en el inventario todo lo conducente a la determi-

nación de los bienes, derechos e intereses del huérfano.

Dice la ley 120 del citado título 18: «El Guardador que recibiesse en guarda bienes de algun huerfano, e ficiesse fazer escritura publica de quantos eran quando los recibio (la cual escritura es llamada inventario), si despues, á la sazon que diesse la cuenta al huerfano de sus bienes, dixesse contra aquella carta, queriendo provar que fueran y escritas algunas cosas de mas, que el non recibiera, e que consentiera el á sabiendas que las escriuiessen, y por fazer muestra que el huerfano era mas rico, por que podiesse mejor casar, o por otra razon semejante: Mandamos que tal contradezimiento non sea cabido, nin vala, magüer quisiesse prouar lo que dice. Ca non debe ome sospechar que el fiziesse escritura sobre si de cosas que non ouiesse recibido.» Cuanto más extensivo y riguroso aparece el concepto de la ley en sus palabras y su verdadero espíritu, tanto más es necesario determinar sus verdaderos límites: el guardador en ningún caso podrá alegar contra la obligación de devolver lo que con su conocimiento y voluntad se haya incluído en el inventario, aunque quiera probar y pruebe que la falsedad se cometió por procurar un beneficio al huérfano: esto es todo, pero sólo lo que establece la ley. Mas el error se opone al verdadero conocimiento y dice a la verdadera voluntad: Si, pues, por error se incluyeron en el inventario cosas que no pertenecían al huérfano, y después su propietario las demanda, y, probando su acción, vence en juicio, el guardador non debe fazer entrega por ende en los sus bienes, mas en los del mozo que toviesse en guarda; así lo dice la ley 17, título 16, de la Partida 6.ª, y lo mismo declara la 2.ª, título 7.º, libro 3.º del Fuero Real. Esto, en su esencia, no necesita mayor exposición; sin embargo, conviene notar que tal fuerza tiene el inventario, que para destruir los supuestos que en él aparecen, es indispensable una sentencia declaratoria del derecho contrario, y que el que lo reclame sea un tercero, es decir, que no sea, el guardador. Naturalmente, surge aquí la idea de que, así como el haber aparente en el inventario puede disminuirse cuando resulta que lo que aparece se ha consignado

por error, del mismo modo debe y puede aumentarse, siempre que resulte que por olvido, o por cualquiera otra causa, se han dejado de incluir derechos o bienes pertenecientes al huérfano.

El requisito de inventario es común y extensivo a todas especies de guarda, por el objeto y fin a que se refiere, se determina y justifica esta proposición; pero si se quiere, en su corroboración, acudir a un texto legal, inmediatamente se encuentra: la misma ley 15, del título 16, Partida 6.ª, en la cual, sin distinción ninguna respecto de las diferentes clases de guarda, se establece la obligación, y no cabe distinguir cuando la ley no distingue. Tal vez llegue uno a oponer la objeción de que el inventario no es necesario cuando no hay nada que inventariar, pero aun en este caso será preciso justificar y consignar el supuesto, de modo que siempre debe resultar: o en sentido afirmativo, cuando hay bienes, o en el negativo, cuando no los hay, y esto último en sentido de ser beneficioso al guardador, que debe hacerlo por su propia utilidad, pues como hemos visto, si no lo hace, incurre en la nota de sospechoso. En los párrafos siguientes veremos cómo el requisito del inventario se relaciona con los otros para el ejercicio de la guarda.

§ III

De la fianza (1).

La fianza, lo mismo con referencia a la guarda de los huérfanos que a cualquiera otro negocio, es siempre una garantía, una obligación subsidiaria para asegurar el cumplimiento de otra principal. Nos vemos obligados a adelantar estas ideas, sin poder hacer más que indicarlas, porque no es este el lugar en que cabe la lata expresión de la materia. Todo cuanto se dirija al expresado fin viene a

(1) Artículos 252 a 260 del Codigo civil.

comprenderse en el mismo concepto, y de aquí el que la fianza pueda ser de diferentes clases, pues siempre existirá allí donde aparezca el supuesto esencial, la obligación subsidiaria que garantice otra principal. Es cierto que algunas veces pierde su nombre para tomar otro, llamándose caución, pero todo ello se reduce a la refinación, por decirlo así, del tecnicismo, pues al decir caución o precaución, se significa el género expresando la idea general del concepto, y al decir fianza, técnicamente la idea se concreta a la caución, que consiste en la obligación meramente personal. Los derechos de los huérfanos están garantizados en nuestra legislación por la caución de hipoteca legal general de todos los bienes de sus guardadores, habiendo sido modificado por la ley Hipotecaria, que ha venido a destruir el supuesto de dicha hipoteca legal general. También sobre este punto tenemos que limitarnos a muy escasas indicaciones, porque el tratarlo con latitud tampoco es de este lugar, pero no podemos prescindir de ellas, porque, sin sentar las verdaderas premisas, imposible sería exponer ni explicar sus consecuencias.

Todavía, y antes de entrar en lo concreto de la materia, se hace preciso parar la consideración en algunas otras ideas generales que se relacionan con las ya expuestas: nótase que la exigencia de fianzas es mucho mayor en la práctica que la que aparece establecida en los textos legales, hasta el punto de resultar una aparente contradicción que, sin embargo, se desvanece o explica, sin más que atender a la modificación que ha sufrido uno de los supuestos esenciales. Ya hemos, en diferentes ocasiones, repetido que por las leyes de las Partidas, la guarda de los huérfanos era gratuita; por consiguiente, onerosa, y, por regla general, obligatoria. La consecuencia natural y equitativa de este supuesto era necesariamente que no se exigiera fianza a los que forzosamente tenían que desempeñar un cargo al cual iban anejos trabajos intelectuales y corporales, y hasta el gravamen, sobre sus cosas, de responder con ellas del exacto cumplimiento de esas mismas obligaciones, mas siendo el cargo remunerado y beneficioso, resultando, por

esta misma razón, que generalmente es voluntario y solicitado, ya la equidad no rechaza el gravamen de la fianza y ya no hay por qué escusar la garantía, si cuando menos no se suple por otra; de este modo se concuerdan los verdaderos principios, aunque para ello haya sido necesario modificar las reglas, como primero se ha ido haciendo, por costumbre, y después ha llegado a determinarse por preceptos legales. Vamos, pues a entrar en el examen de ellos.

Hemos copiado la primera parte de la ley 9.ª, título 16, Partida 6.ª, al tratar de la guarda legítima; en la segunda, y con referencia a los guardadores de esta clase, dice: «Pero dezimos que antes que vsen de los bienes de los mozos, deuen dar fiadores valiosos al Juez del lugar, que prometan, e se obliguen por los Guardadores, que ellos aliñaran, e guardaran bien e lealmente los bienes de los huerfanos, e los frutos dellos. E sobre todo, deuen jurar los Guardadores de fazer todas las cosas que sean a pro de los huerfanos que han en guarda, e de non se entremeter de fazer cosa que se torne á daño dellos. E que guardaran lealmente sus personas e sus cosas. Mas si los huerfanos sobredichos ouiessen madre, ó auuela, que quissiesse guardar los huerfanos, e sus bienes, estonce dezimos que la madre lo puede fazer ante que ninguno de los otros parientes: solo que sea buena muger, e de recabdo. Pero debe dar, e fazer á los mozos, primeramente, tal aseguranza, como de suso diximos en la sesta ley ante desta. E si la madre non quisiere entremeterse desto, puede estonce el auela auer la guarda dellos.» Se ve clara, terminantemente, sin que contra ello pueda suscitarse duda, que en esta ley se establece la fianza de un modo indeclinable para el caso de la guarda legítima. Sin embargo, se ha disputado acerca de si, cuando sea guardadora legítima la madre, es también necesaria la garantía, y ha venido a suponerse la afirmativa; nosotros, por el contrario, y acudiendo al texto legal, optamos por la negativa. Es cierto que la razón de la ley, que precisamente consiste en ser la guarda legítima voluntaria, milita en contra de la madre, pero no lo es menos que la ley, al tratar de ella especialísimamente, exige sólo que sea «bue-

na muger, e de recabdo, y que dé la aseguranza establecida en la sesta ley ante de esta», que es la 4.ª del mismo título, y que manda que, para ser tutora, la mujer debe renunciar a la excepción de no poder afianzar por otro y a contraer ulterior matrimonio. La ley, pues, que estamos examinando, considera la guarda legítima, llega a comprender en sus conceptos la que corresponde a la madre o abuela, y en su última distinción tan sólo exime de dar fiadores a la madre y no a la abuela. Este es, en nuestra opinión, el verdadero espíritu y la verdadera interpretación de la ley: la madre es la única guardadora legítima que está exenta de presentar fiadores, si es buena mujer, es decir, «de buenas costumbres, e de recabdo», esto es, si tiene suficientes bienes para poder responder de la buena administración, en virtud de la hipoteca legal general a que están sujetos, y de la cual de ninguna manera se le exime, y véanse concordados todos los principios morales, sociales y jurídicos, estableciéndose a favor de la madre una excepción, de la cual no puede menos de considerarse digna, por la misma alta condición de que se encuentra revestida.

Por lo que hace a la fianza en el caso de ser la guarda testamentaria, no hemos podido encontrar, entre la de las Partidas, ninguna ley ni que la establezca ni que la excuse, pero en la 11 del mismo título 16 creemos que, aunque indirectamente, se establece la negativa. Dice así: «Si los Guardadores de los huerfanos fueren muchos, e se leuantare desacuerdo entre ellos, de manera que non se puedan todos ayuntar á fazer aquellas cosas que son tenudos de fazer en guarda dellos, e de sus bienes, dezimos que estonce el vno dellos puede decir al Juez que el quiere dar recabdo, e obligarse á cumplir lo que auian todos de cumplir, si los otros lo touieren por bien; e si non, que lo faga alguno dellos. E si se acordaren en esto, deue el Juez tomar tal recabdo del, como dixianos en la ley ante desta. E si se desacordaren, de manera que cada uno quiera obligarse á esto, e quiera auer en guarda los bienes de los mozos, estonce el Juez deue escoger aquel que entendiese que lo fara mejor, e que sera mas prouechoso á los mozos; e tomar

tal recabdo del, como sobredicho es; e darle poder que el solo los pueda auer en su guarda, e aliñar, e aprouechar los bienes dellos.» La ley empieza generalizando la idea, si bien, por otra parte, concretándola a un caso particular: sin distinguir la diferencia de ser los guardadores testamentarios, legítimos o dativos, habla de cuando sean muchos, pero ya es claro que se refiere a una sola especie, pues cuando los hay de la preferente, no cabe que los haya de las defectivas en su respectivo lugar. Trata, pues, de cuando sean muchos, o los testamentarios, o los legítimos, o los dativos, los que haya que considerar en su ya determinada especie, y en términos generales establece que sea preferido el que dé fiadores en el mismo concepto determinado por la ley 9.ª, que es a la que esta que estamos examinando se refiere. Es decir, que cuando son muchos los guardadores testamentarios y uno se ofrece a dar fianza y los otros no, debe darla y ejercer el cargo; si hay más que uno que haga la oferta, el juez puede escoger entre ellos al que mejor le parezca y encomendarle el cargo, previa también la fianza, pero aquí concluye la ley, y nada dice para el caso en que los guardadores testamentarios sean muchos y ninguno ofrezca fianza, ni tampoco para cuando sea uno solo; de lo que resulta que en estos dos últimos casos no se encuentra ley que imponga a los guardadores testamentarios la obligación de dar fiadores. Para explicar la omisión, es preciso acudir a las consideraciones sobredichas: al guardador testamentario se le exige la fianza en el caso de ser por él solicitada la guarda, y, por consiguiente, de ser voluntaria, aunque sea testamentaria, pero no cuando es obligatoria y forzosa: esta creemos que es la verdadera doctrina conforme a la ley de las Partidas, que resultará tanto más comprobada cuanto más se considere lo que ya hemos tenido que decir respecto de la confirmación de los tutores testamentarios y de la hipoteca legal general establecida en garantía de los derechos de los huérfanos. Lo mismo, y por idéntica razón, debe resolverse en el caso de la guarda dativa: ya hemos visto, al tratar de ella, que podían ser varios, por las leyes de las Partidas,

los jueces que dieran tutor a un mismo huérfano, y también cómo debía resolverse definitivamente cuál era, entre los dados, el que debiera de ejercer el cargo. A lo dicho, y como allí indicamos, hay que añadir lo que se desprende de esta ley: si por los sucesos o circunstancias del negocio resultan muchos guardadores dados, también entre ellos debe ser preferido el que quiera ejercer la guarda dando fiadores, porque en este caso ya no es forzosa, sino voluntaria; mas cuando el guardador dativo sea uno o muchos y ninguno ofrezca la fianza, por la misma condición de ser el cargo forzoso, debe considerarse exento de prestarla, lo que también está en armonía con lo establecido en la ley 12 del mismo título, en la que se exige que el guardador dativo sea bueno e rico, pues verificada esta última condición, se suponen suficientemente garantizados los derechos de los huérfanos con la hipoteca legal general sobre todos los bienes del guardador, y no hay necesidad de imponer otros gravámenes al que sufre el de ejercer un cargo forzosamente.

Otras leyes, aunque indirectamente, vienen a confirmar toda esta doctrina: la 94, título 18, Partida 3.ª, es el modelo de la escritura que debe otorgarse al establecerse la guarda legítima, mas no la de la madre, pues la que a ésta se refiere es la 95 del mismo título; excusamos copiarlas íntegras, ya por su mucha extensión, ya porque creemos suficiente para nuestro propósito citarlas y fijar la consideración en algunos de sus conceptos. En la primera se dice: «E sobre todo dieron los Guardadores a Don Martin por fiador: el cual fiador, por ruego, e mandado de los Guardadores sobredichos, prometio á mi Fulano, Escrivano publico, recibiente por el huerfano, que el faria, guisaria de manera, que los Guardadores sobredichos farian todas estas cosas como sobredichas son en esta carta. E señaladamente, que los bienes del huerfano fincarian en salvo; obligando asi mismo, e á sus herederos, e á sus bienes, al Escribano sobredicho, recibiente por el huerfano, e por sus herederos.» En la segunda se omite por completo la exigencia de la fianza, y sólo se exige, relativamente a la

madre, con las mismas palabras usadas en la ley 9.ª del título 16, Partida 6.ª, «que sea buena muger e de buen recabdo». Resulta, pues, confirmado que, de la regla general de que todos los guardadores legítimos están obligados a presentar fiadores, debe admitirse una, pero una, excepción, cual es la referente a la madre, y asimismo que, por lo que respecta a los guardadores testamentarios, en el Código de las Partidas no aparece ley alguna que directa ni indirectamente exija el requerimiento de la fianza; a lo menos nosotros no la hemos encontrado.

Pero ya hemos dicho y explicado la razón de por qué en la práctica se ha ido exigiendo más extensivamente el requisito de la fianza, hasta el punto de haberse elevado a ley lo que se realizaba por costumbre. Tenemos, pues, que examinar la materia bajo el punto de vista de lo que dice la ley de Enjuiciamiento (1). Acreditado el nombramiento de tutor hecho por el padre en última disposición, se les discernirá el cargo por el juez, sin exigirle fianzas, si se le hubiere dispensado de ellas (art. 1.219). Si la madre, a falta de padre, hubiere nombrado tutor a su hijo, se discernirá también el cargo al nombrado sin fianza, si hubiere sido relevado de ella por la misma madre (art. 1.221). Lo prevenido en el artículo anterior se observará también respecto al nombrado tutor por cualquiera persona que haya instituído heredero al menor o dejádole manda o legado de importancia (art. 1.222). En los casos de que hablan los dos artículos precedentes, puede el juez exigir fianzas al tutor nombrado, aun cuando haya sido relevado de ellas, si a su juicio no ofrece las garantías suficientes para que se estime asegurado el caudal que haya de entregársele. En los artículos 1.226 y 1.227 se consigna como de absoluta necesidad el requisito de la fianza para el caso de la guarda legítima, sin expresar la excepción a favor de la madre, y es muy de notar que en el art. 1.229, que es el que se re-

(1) Artículos 1.861 a 1.872 de la vigente, derogada en esta parte por el Código civil.

fiere a la guarda dativa, nada se dice respecto de este requisito; sin embargo, parece que esta omisión se llena en el art. 1.264, que dice así: «Al discernimiento de todo cargo de tutor o curador deberá siempre preceder la justificación cumplida de haber sido por el padre relevado de las fianzas, o por la madre o por personas que hayan instituído heredero al menor, o dejádole manda de importancia, y de la aprobación del juez en estos dos últimos casos, o el otorgamiento de las correspondientes fianzas con arreglo a lo que queda prevenido.» Resulta, por lo tanto, que sólo están exentos del requisito de la fianza los tutores testamentarios nombrados por el padre, con relevación de ella, o por la madre o personas que hayan instituído heredero al menor o dejádole manda de importancia, con la misma relevación si el juez cree que no hay inconveniente en que así se realice.

El art. 1.220 dice: «No habiendo relevación de fianzas, se exigirán proporcionadas al caudal que se haya de administrar», y el 1.266: «La entidad de las fianzas deberá ser proporcionada al caudal del menor, con exclusión de los bienes y muebles»: por el uno, pues, viene a explicarse el otro. Debe garantizarse todo, pero sólo lo que necesite garantía: los bienes y muebles pertenecientes al menor, y aun los derechos reales sobre los de la misma clase de ajena pertenencia, no pueden ser distraídos por el guardador, porque no puede enajenarlos ni gravarlos, o, lo que es lo mismo, porque las enajenaciones o gravámenes son jurídicamente nulas, si no se verifican con otros ciertos y determinados requisitos que producen verdadera y suficiente garantía, sin necesidad de acudir a la de la fianza; por razón contraria, debe extenderse este requisito a los bienes muebles, a los derechos meramente personales, a las rentas y frutos, en una palabra, a todo lo que queda únicamente encomendado al cuidado y a la administración del guardador. Esto tendrá su complemento de explicación al examinar las atribuciones de los guardadores.

Dice el art. 1.265: «Las fianzas, en los casos en que deban darse, serán siempre hipotecarias.» Hemos visto que, según las leyes de las Partidas, debían ser personales, «fia-

dores valiosos»; resulta, pues, introducida en la materia, por la ley de Enjuiciamiento, una variación tan sustancial, como que para determinarla es necesario acudir a la ley Hipotecaria, si bien, por ahora, lo haremos tan sólo por referencia a sus máximas generales. Por nuestra antigua legislación se reconocía y establecía, en garantía de los bienes y derechos de los huérfanos, una hipoteca legal general sobre todos los bienes de sus guardadores, y de los fiadores, cuando se exigía este requisito; de modo que, además de los pertenecientes a los unos, venían a responder los de los otros. Dada la ley de Enjuiciamiento, suponían los más, y así se admitía en la práctica, que el mismo guardador podía afianzar hipotecando bienes propios; de aquí resultaba considerablemente disminuída y contra derecho la garantía, eludida, por decirlo así, la garantía de fianza, pues nada conseguía el menor con que se estableciera una hipoteca especial sobre bienes que, por lo general, estaban hipotecados; de modo que por una ley adjetiva se perjudicaban derechos establecidos y consignados en las leyes sustantivas. Desde la Hipotecaria ya es otra cosa: por ella han quedado abolidas todas las hipotecas legales generales, concediendo a los que antes las disfrutaban el derecho de exigir hipoteca especial; ya, por lo tanto, resulta concordado y sin inconveniente todo lo que con la materia se relaciona. Los huérfanos, desde la ley Hipotecaria, ya no están favorecidos con ninguna hipoteca general: es necesario constituir en garantía de sus bienes y derechos una hipoteca especial, y como ésta sea eficaz y suficiente, lo mismo es que se constituya sobre los bienes del guardador que sobre los de un tercero. Todo lo que se discuta sobre el importe de las fianzas se determinará con audiencia del promotor. La misma audiencia deberá prestarse para la apreciación y aprobación de las que se dieren. En los casos en que el menor tuviere, con anterioridad, nombrado curador para pleito, se oirá éste sobre la importancia y aprobación de las fianzas, en lugar del promotor (artículos 1.224 y 1.225 de la ley de Enjuiciamiento).

§ IV

Del juramento.

Otra de las garantías que se exigen a los guardadores, y, por lo tanto, otro de los requisitos para poder ejercer la guarda, es el juramento: lo encontramos consignado en las leyes 9.ª, título 16, Partida 6.ª; 94 y 95, título 18, Partida 3.ª Indudablemente, podría disputarse sobre si la exigencia se extiende a todos los guardadores o sólo a los legítimos, pero como semejante garantía es más moral que material, y como el juramento, cuando hay ánimo decidido de cumplir lo que se jura, no puede considerarse gravoso, y, por el contrario, la negativa a prestarlo siempre induce a sospechar contra el que semejante posición se constituye por ser bueno y no poder ser malo, se tiene este requisito por general y obligatorio a todos los guardadores, de cualquiera clase que sean. Es, sin embargo, muy de notar que en la ley de Enjuiciamiento nada se diga acerca de este requisito, ni aun en el art. 1.269, por el cual se dispone que al guardador se le exija que otorgue en el mismo expediente la oportuna obligación a desempeñar bien y fielmente los deberes de su cargo, bajo la responsabilidad que las leyes imponen. Parece, pues, que se ha tratado de abolir el juramento, mas si esta ha sido la intención de sus autores, no se han atrevido a expresarla francamente. Es lo cierto que el hombre moral, honrado, no necesita ese vínculo para creerse completamente obligado al cumplimiento de sus deberes, y que, para el hombre inmoral, escasa o ninguna fuerza tiene semejante caución, pero entre los dos extremos está el término medio, en el cual, como siempre sucede, se comprende la mayoría, y no es prudente desechar lo que puede ser útil en algunos y aun en muchos casos. De cualquier modo que sea, nosotros creemos que deba exigirse, puesto que las leyes lo exigen, y en manera alguna suponerse derogadas las sustantivas por el mero silencio

de una adjetiva, mucho más cuando puede atribuirse la omisión a creencia, en que sus autores estuvieron por la misma razón indicada, de no ser necesario expresar en la ley de Enjuiciamiento lo que en las sustanciales determinativas en la materia estaba determinado.

§ V

Del discernimiento.

Cumplidos todos los anteriores requisitos, todavía, antes del discernimiento, debe determinarse lo referente a los alimentos del huérfano y al premio o remuneración con que debe retribuirse algo al guardador, mas como de esto tendremos que ocuparnos en otras secciones, nos limitamos, por ahora, a esta ligera indicación.

Hay algunos que confunden con el discernimiento la condición judicial de los guardadores testamentarios, en los casos que procede, y también la designación de la persona en la guarda dativa; por lo que se hace preciso marcar bien la diferencia. La confirmación del guardador testamentario y la designación del dativo se refieren al nombramiento, y son especiales en sus respectivos casos: el discernimiento supone ya determinada la persona del guardador, por el nombramiento del testador o del juez, o por el llamamiento de la ley, lo mismo en la guarda dada que en la permitida, y es requisito necesario en todas las especies, y, por consiguiente, general. El nombramiento del testador, o del juez, y la determinación de la persona llamada por la ley, necesariamente tiene que preceder a la aceptación del cargo, al inventario, al establecimiento de las fianzas, al juramento y al otorgamiento de la obligación de desempeñar bien y fielmente el cargo. Pues bien, el art. 1.270 de la ley de Enjuiciamiento dice así: «Otorgada dicha obligación, se extenderá en seguida la diligencia de discernimiento, en la cual el juez dará facultades al nombrado para representar al menor con arreglo a las pres-

cripciones legales, y para cuidar de su persona y bienes.» Además, el orden por el cual hemos considerado los anteriores requisitos, en términos generales, es el que viene a ser necesario, porque debiendo intervenir el guardador en el inventario, mal puede verificarse esto sin estar determinada previamente la persona con lo que íntimamente se relaciona a la aceptación; debiendo ser las fianzas proporcionadas al caudal del menor, necesario se hace conocer cuál es su entidad, y ni el juramento, ni la escritura, puede prestarlos sino el concretamente obligado: el discernimiento, por lo tanto, es el último de los requisitos, así como el nombramiento debe preceder á todos ellos. La indicada confusión, sin embargo, no deja de tener su motivo, y éste consiste en que, al buscar el discernimiento en las leyes, considerándolas teóricamente, puede decirse que no se encuentra, porque sólo viene a ser un medio práctico de determinar las mismas teorías, refundiéndolas, por decirlo así, en una fórmula concreta, de modo que viene a ser tal su conveniencia, que llega a elevarse a verdadera necesidad, hasta el punto de sustituirse con este requisito la escritura determinada por las leyes 94 y 95, título 18, Partida 3.ª; y, en efecto, como antes del discernimiento es preciso consignar en el expediente la obligación de desempeñar bien y fielmente el cargo, otorgada por el guardador, tan pronto como se ve discernido el cargo, es forzoso suponer y admitir que está cumplido todo el objeto de las mencionadas leyes.

Es, pues, el discernimiento el acto judicial por el cual, considerando ya verificadas todas las condiciones de que debe estar revestido el guardador y cumplidos todos los requisitos necesarios para entrar en ejercicio por medio de una fórmula jurídica, se le declara en actitud, concretamente a la guarda a que se refiere. Es, en otro concepto, el poder que judicialmente se concede al guardador para representar al huérfano en todos los negocios comprendidos en la guarda. De aquí el hacerse necesario una especie de protocolo, que es el que viene a establecerse en el art. 1.271 de la ley de Enjuiciamiento, que dice así: «En los Juzgados

de primera instancia habrá un Registro, en que se pondrá testimonio de todos los discernimientos que se hicieren de cargo de tutor o curador para los bienes.» Acudiendo a este Registro podrá siempre saberse quién es el guardador del huérfano de que se trate, puesto que en el artículo siguiente se determina que los jueces examinen estos Registros, y que si ha fallecido algún tutor o curador, sea reemplazado como corresponde con arreglo a la ley; y, además, los mismos guardadores tienen, en este especialísimo protocolo, un medio legal de poder habilitarse del documento que acredite su personalidad en cuantos casos les sean necesarios. En el art. 1.268 se declara que, para el discernimiento de curador para pleitos, basta acreditar el nombramiento hecho de cualquiera de las maneras consignadas en la misma ley. Esto, por sí mismo se explica y justifica; y, para concluir, sólo tenemos que indicar que, según la ley 1.ª, título 16, Partida 6.ª, el guardador no debe ser puesto para una cosa o para un pleito señaladamente. Pleito, en el lenguaje de las Partidas, no significa lo mismo que en la ley de Enjuiciamiento, sino lo que ahora expresamos, negocio; en una palabra: en términos legales, puede darse, por lo tanto, curador para pleitos, en especial en sentido de litigio, que es en el que la ley de Enjuiciamiento usa la palabra, pero no para negocio especial que no sea judicial, y, por consiguiente, el discernimiento siempre tiene que ser en concepto general, si bien cabe hacerlo con algunas limitaciones o distinciones, particularmente cuando son muchos los curadores a quienes se les discierne un mismo cargo. Pues aunque en este caso se supone que a cada uno se le confiere para todo, suele suceder que se distinga la administración del cuidado general de la persona y bienes, y muchas veces acontece que, siendo dos o más los guardadores, tan sólo uno preste fianza o resulte relevado de ella, y en tal caso suele discernirse el cargo a todos, expresando la verdadera facultad de administrar al que se encuentra revestido de la expresada condición, con lo que se concilian todos los extremos, sin incurrir en ninguna contradicción ni inconveniente jurídico.

CAPÍTULO V

De las atribuciones de los guardadores.

Discernido el cargo, entra el guardador en la plenitud de sus atribuciones. Todas ellas, y prescindiendo de si la tutela se da: primero, para las personas, y segundo, para las cosas, y la curatela al contrario, se refieren a cuidar de la persona y de los bienes del huérfano. Lo que más resalta en esta idea es la de obligación, pero como para cumplir con ella necesita el guardador poder, potestad, facultades suficientes, al mismo tiempo que la obligación, surge la necesidad de concederle todos los indicados conceptos, que también vienen a refundirse en el general de derechos. Conociendo, pues, los derechos y obligaciones de los guardadores, quedarán determinadas sus atribuciones, resultando ligadas de tal modo las dos ideas, que tan sólo se le atribuyan derechos en cuanto sean necesariospara el cumplimiento de las obligaciones y sólo se le impongan éstas en cuanto quepan en sus derechos los medios de cumplirlos: todo lo que puede comprenderse en el concepto general de responsabilidad, para lo cual siempre es forzoso suponer el de libertad. Vamos, pues a tratar de los derechos y obligaciones que se atribuyen a los guardadores, y como estas atribuciones, según ya hemos dicho, se refieren a las personas y a las cosas de los huérfanos. las consideraremos por este mismo orden o distinción.

SECCIÓN PRIMERA (1)

DE LAS ATRIBUCIONES DE LOS GUARDADORES EN LO REFERENTE A LAS PERSONAS DE LOS HUÉRFANOS

Obligación de alimentar y educar al huérfano. — Determinación o tasación de los alimentos por el juez. — Frutos por alimentos. — Norma general de la ley de Enjuiciamiento civil. — Lugar y compañía en que debe vivir el huérfano.

Dice la ley 16, título 16, Partida 6.ª: «Trabajarse deve el Guardador de fazer al mozo que touiere en guarda que aprenda buenas maneras; e de si, devele fazer aprender leer, e escriuir; e despues de esto, devel poner que aprenda, e vse aquel menester que mas le conuiniere, segun su natura, e la riqueza, e el poder que ouiere. E deue guardarlo, e pensar del, dandole de comer, e de vestir de las cosas que menester le fueren, segun entendiere que lo deve fazer; catando todauia que lo faga segun los bienes que rescibio del.» En la frase o fórmula *buenas maneras* se comprende todo lo referente a lo religioso, social y moral. Empezando, pues, la ley por esta base fundamental de la buena educación, pasa luego a ocuparse de lo que ya se refiere a proporcionar al huérfano los medios de utilizar sus facultades mentales y físicas: establece en primer término la obligación de hacerle aprender a leer y escribir, y encarga que después se le haga aprender y usar aquel menester que más le conviniere, según su natura, *e la riqueza, e el poder que ouiere,* es decir, traduciendo al lenguaje común, que debe dársele la carrera científica, artística u oficio mecánico que, estando en relación con sus fuerzas físicas, esté, por otra parte, en proporción con su posición social; concluye, por último, imponiendo al guardador la obligación de alimentar y vestir al huérfano, *segun entendiere que lo debe fazer*, tomando en consideración la fortuna, o, lo que es

(1) Artículos 264, núm. 1.°, y 268 del Código civil.

lo mismo, los medios pecuniarios de que pueda disponer.

En complemento de esta última parte de la ley viene la 20 del mismo título, que dice así: «Gobernados deven ser los huerfanos de sus bienes en esta manera. Ca deve el Juez del lugar establecer, segun su aluedrio, e la riqueza del mozo, cierta quantia de pan, e de vino, e de dinero, que les den cada año para su govierno, e para su vestir del, e de su compaña; catando todauia que de la renta, e de los esquilmos de los bienes del huerfano, salgan estas despensas, e que todo ello le finque en saluo, si se pudiere fazer. Pero si el Guardador entendiesse que seria daño del mozo en descobrir la riqueza, ó la pobreza del, e por esta razon le governasse de lo suyo, expendiendo por el tanto, quanto fuesse guisado, ó poco mas, por esta razon, estonce dezimos que lo puede fazer, e deuele despues el mozo, quando fuere de edad, pagar todo lo que desta manera ouiesse despendido por el.» Tenemos en la primera parte de esta ley que los alimentos, o, por mejor decir, lo que a ellos debe dedicarse como suficiente para cubrir todas las necesidades de la vida, deben ser determinados o tasados por el Juez, el que debe procurar que no excedan de los productos de los bienes, para que el capital no sufra disminución, o *finque en salvo, si se pudiere fazer*, de cuyas palabras se deduce como necesaria consecuencia, si bien en sentido contrario, que, cuando los productos no basten, puede acudirse al capital, aunque haya que disminuirlo para cubrir el déficit; pero siendo necesaria al efecto la intervención judicial y añadiendo al criterio del guardador el de la autoridad pública, que deberá proceder con conocimiento de causa, es indispensable comprender lo que se refiere a esta atribución en estos razonables límites, porque frecuentemente suele acontecer que los productos de los bienes de un huérfano no basten, por ejemplo, para proporcionarle una carrera científica, en cuyo caso, por su propia utilidad, debe echarse mano de alguna parte del capital para producirle un beneficio que, aunque relativo, no deja de serlo; y he aquí la necesidad de la latitud del precepto, a la par que de su limitación, sujetando el concepto al recto criterio ju-

dicial. En su segunda parte determina la ley que, cuando se comprenda que pueda ser inconveniente al huérfano el hacer pública su riqueza o su pobreza, puede omitirse la designación de alimentos, y, entonces, el guardador puede suministrárselos, adquiriendo el derecho de que le sea de abono lo que en el objeto invirtiere. De la interpretación de esta ley se ha venido a crear en la práctica el concepto que se comprende en la fórmula de «frutos por alimentos o frutos por pensión», y que se reduce a considerar, previa la necesaria información y justificación de que los productos, bienes y raíces del huérfano son equivalentes a lo que es necesario invertir en sus alimentos y educación, que se declare que el guardador adquiera el derecho de hacerlos suyos, a la par que la obligación de alimentar al huérfano.

Como tanto en lo referente a este último extremo cuanto en la designación o tasa de alimentos, existen muy diferentes prácticas, ha sido preciso uniformarlas, o, si se quiere, fijar la que debe observarse como general. En la ley de Enjuiciamiento se acude a esta necesidad combinando todos los indicados extremos. Dice su art. 1.261: «Antes de hacer el juez el discernimiento de todo cargo de tutor, curador para los bienes ó ejemplar, teniendo en consideración la entidad del caudal del menor ó incapacitado y las circunstancias de su persona, y oyendo siempre al promotor, determinará si se entiende el desempeño del cargo fruto por pensión. Caso de no declararse que se entienda en dicha forma, señalará el mismo juez lo que el menor deba consumir en sus alimentos y educación y el tanto por ciento que haya de abonarse por la administración.» Y el artículo 1.262 dice: «Declarando que el ejercicio del cargo se entienda fruto por pensión, y consentida ó ejecutoriada esta declaración, el tutor ó curador hacen suyos los frutos del caudal y contraen la obligación de cubrir todas las necesidades del menor y las atenciones del mismo caudal (1).»

(1) Correspondía a este precepto el del art. 1.861 de la ley vigente de Enjuiciamiento civil. Hoy rige el art. 268 del Código civil.

Con esto y con haberse declarado, por el Real decreto de 7 de abril de 1859, que los guardadores a quienes se les hayan concedido frutos por pensión no están obligados a dar cuentas, puede tenerse por completa la materia, sin mayores explicaciones en lo referente a este párrafo, si bien de ello tendremos que volvernos a ocupar en el siguiente.

Los legisladores de las Partidas, aleccionados con el derecho romano, y como de cosa muy interesante para el bienestar y buena educación de los huérfanos, establecieron en la ley 19, título 16, Partida 4.ª, las reglas o conceptos generales por las cuales debe determinarse su domicilio y compañía; dicen así: «Criarse deue el huerfano en aquel lugar, e con aquellas personas que mando el padre, ó el auuelo, en su testamento. E si por auentura en el testamento de ninguno dellos non fuesse esto puesto, estonce, el Juez del lugar deve catar con grand feruencia, e escoger algund ome bueno, que ame la persona del huerfano, e el provecho del; e que sea atal, que muriendo el mozo non aya derecho de heredar lo suyo; pero si oviesse madre, que fuesse muger de buena fama, bien le pueda dar el fijo, que lo crie ella, e puedelo tener mientra mantoviere biudez, e non casare. Mas luego que casare, deuen sacar el huerfano de su poder: porque dixeron los Sabios, que la muger suele amar tanto al nueuo marido, que non tan solamente le daría los bienes de sus fijos, mas aun que consintiera en la muerte dellos por fazer plazer á su marido.» A muchas y muy extensas consideraciones y disputas ha dado lugar esta ley, pero es lo cierto que todos acuden, para resolver las mismas dudas que propone, a un mismo criterio, cual es el recto y prudente arbitrio judicial, y, efectivamente, o se suscita o no cuestión sobre en qué lugar y con qué compañía debe vivir el huérfano: si no se suscita, no hay que decidirla; si se suscita, siempre ha de ser motivada en razones o causas especiales concretas al caso particular, y cuya apreciación no puede menos de señalarse al recto criterio del que ha de decidir. La ley, por lo tanto, debe tomarse más en concepto de consejo que de

precepto, si bien en alguna de sus particularidades deba seguirse lo que en ella se determina en sentido verdaderamente preceptivo. Tal carácter tiene lo que determina en primer lugar: el huérfano debe residir en el lugar y en compañía de las personas que su padre haya mandado en el testamento, pero aun contra esto, si bien con dificultad, en especialísimos casos pueden existir razones por las cuales deba modificarse el supuesto; nada decimos acerca del abuelo, porque harto tenemos dicho, tanto acerca de la razón por la cual a él lo nombra cuanto de haber dejado de existir. No habiendo hecha designación por el padre, ya se encomienda al juez la elección del lugar y de las personas en cuya compañía deba vivir el huérfano: se dice *que sea atal que lo ame y que no aya derecho de heredar lo suyo;* pero esto ya no puede considerarse obligatorio completamente al juez, y sí sólo como una recomendación de las precauciones con que debe proceder. Después añade que si la madre fuese buena mujer, puede el juez entregarle el hijo para que lo tenga en su compañía mientras permanezca viuda, declarando, por último, que si se casa, deben separar al hijo de su compañía, porque por amor al nuevo marido puede llegar a perjudicarle. Gran fondo de previsión y de prudencia aparece en todo esto, pero tan varias como pueden ser las modificaciones del supuesto tienen que ser necesariamente las aplicaciones del precepto, y no creemos sea necesario decir más, porque para ello sería forzoso acudir a un sistema casuístico, que es lo mismo que lanzarse a lo infinito. Podrá haber alguna o algunas madres que, por amor a sus segundos maridos, maten sus hijos del primero; pero más serán las que se casen por proporcionar a sus hijos un protector a falta del que han perdido. ¿Hasta dónde llegaría la enumeración de los términos medios?

SECCIÓN SEGUNDA (1)

DE LAS ATRIBUCIONES DE LOS GUARDADORES EN LO QUE SE REFIERE A LOS BIENES DE LOS HUÉRFANOS

Principio fundamental en la materia. — Administración de los bienes de los huérfanos. — Prohibición de enajenarlos. — Análisis del concepto enajenación. — Casos en que se permite: Pago de las deudas del padre; casamiento de alguna hermana del huérfano; casamiento de este mismo; cualquiera otra razón derecha. — Casa nativa. — Prohibición de comprar el guardador cosas del huérfano. — Modo y forma en que deben litigar los huérfanos. — Nombramiento de personero por el menor. — Prohibición de obligarse con el guardador. — Eficacia de todo lo que haga el huérfano en su beneficio. — Falta de poder para desatar las obligaciones. — Necesidad de la intervención judicial. — Transacción. — Facultad de adquirir.

En el capítulo inicial de este título tenemos explicada la minuciosidad con que en el derecho romano se distinguían las modificaciones que caben en el concepto general de que los guardadores deben intervenir en todos aquellos actos que se refieren a la custodia, cuidado y administración de los bienes de los huérfanos. Por tenerlo ya dicho, excusamos repetirlo, y también porque a nuestra legislación no ha llegado la materia con tan preciso o exquisito análisis, si bien en lo sustancial se reconocen, como no pueden menos de reconocerse, las mismas e idénticas doctrinas. Todas ellas pueden refundirse en el principio fundamental de que los huérfanos, sin que en su auxilio intervengan sus guardadores, nada pueden hacer que les perjudique y sí todo lo que les sea beneficioso; pueden, por consiguiente, adquirir bienes o derechos, mas no enajenarlos ni constituirse en ninguna obligación. Necesitan, por lo tanto, para que la afirmativa del concepto negativo llegue a verificarse jurídicamente, que en los hechos o actos causales intervengan sus guardadores, y, una vez consignado este principio,

(1) Artículos 261 a 267 y 268 a 275 del Código.

que puede tomarse como una verdadera síntesis, podemos ya entrar en el examen de la materia, considerándola analíticamente hasta llegar a sus últimos términos, que siempre vendrán a ser sus legítimas consecuencias, si bien en ellas aparezcan algunas, también consiguientes, modificaciones.

Al tratar del inventario, hemos copiado la ley 15, título 16, Partida 6.ª, en cuanto a este requisito se refiere, sin poder omitir su principio; ahora tenemos que repetirlo para ligarlo con su párrafo final, que dice así: «Aliñar, e enderezar los bienes de los huerfanos que ouieren en guarda, deuen los Guardadores en esta manera: ..... E despues que esto ouiere fecho, deben los Guardadores enderezar las casas del huerfano, que non cayan, e fazer labrar las heredades, e criar los ganados que fallaren en los bienes del finado. E esto deuen fazer á buena fé e lealmente.» He aquí atribuída, en términos generales, a los guardadores la administración de los bienes de los huérfanos, y en tales términos, que tanto se les concede en concepto de derecho como se les impone en concepto de obligación, extendiéndola, no sólo a cuidar de que las cosas no desaparezcan, sino de que permanezcan, cuando menos, en el estado en que las reciben: que las casas no caigan, que se labren las heredades, que se críen los ganados, y es preciso notar que en la concesión de este derecho y en la imposición de esta obligación, implícitamente se comprende la prohibición de que los huérfanos lo hagan por sí, pues mal podría exigirse responsabilidad, si no se concediera libertad, y ésta faltaría al guardador en cuanto no se le concediera la misma al huérfano, porque vendrían a ser contradictorias.

Mas como son tan varios los conceptos que se comprenden en el general de administración, ha sido forzoso que las leyes vengan a determinar lo concerniente a sus particulares, y la 18 del mismo título y Partida dice así: «Non deuen los Guardadores dar, nin vender, nin enagenar ninguna de las cosas del huerfano, que sea rayz. Fueras ende, si lo fiziere alguno por pagar las debdas que ouiesse dexa-

do el padre del huerfano, ó por casar alguna de las hermanas del mozo, ó por casamiento del mismo, ó por otra razon derecha que le oviesse de fazer, non lo podiendo escusar en ninguna manera. E aun estonce non lo puede fazer sin otorgamiento del Juzgador: e el Juez le deue otorgar, si entendiere que tal enagenamiento se faze por algunas de las razones sobredichas. Pero non deue consentir que la casa que fue del padre, ó del auuelo del huerfano, en que el nasció, se enagene en ninguna manera, podiendolo escusar. Otrosi non deuen vender, nin enagenar los siervos que luengamente ouiessen estado en casa del padre: porque estos atales suelen ser prouechosos en la casa, e son sabidores de los bienes del finado; mas los otros que entendiesse que podrian ser dañosos, bien los puede vender, e el precio dellos deuelos meter en pro del huerfano.» Con especial cuidado merece ser examinada esta ley, no tanto porque en ella misma deje de aparecer su verdadero espíritu y recta aplicación cuanto que, como comprende lo general de la materia, al comentarla los autores ha suscitado dudas y cuestiones, de las que no podemos prescindir. Lo primero, por lo tanto, que hay que examinar, es el significado de las palabras, y por él determinar la extensión de los conceptos: prohibe a los guardadores dar, vender y enajenar las cosas raíces de los huérfanos, y la 4.ª, título 5.º, Partida 5.ª, dice: «Tutores son llamados, en latin, los que son guardadores de los menores de catorze años. E estos atales non deuen enagenar las cosas de los huerfanos.» Prescindimos, por ahora, de las excepciones que las dos mismas leyes establecen. Se ha disputado en los verbos de estos dos supuestos legales si la prohibición se extiende a dar en enfiteusis y a hipotecar, y para nosotros no cabe la menor duda; y sin ella debe aceptarse la afirmativa, sin más que acudir a la ley 10, título 33, Partida 7.ª, que dice así: «Enagenar es una palabra que pusimos en muchas leyes deste nuestro libro, e usamos poner en los privilejios de nuestras donaciones. E por ende queremos aqui demostrar que quier dezir, e dezimos, que aquel aquien es defendido de non enagenar la cosa, que la non puede

vender, ni camiar, nin empeñar, nin puede poner servidumbre en ella, nin darla á censo á ninguna de aquellas personas á quien es defendido de la enagenar.» En enfiteusis es una de las especies del censo, y la hipoteca es una de las especies de empeño, como se ve muy particularmente en la ley 8.ª, título 13, Partida 5.ª, que expresamente prohibe a los guardadores empeñar la cosa raíz del huérfano sin otorgamiento del juez. Si, pues, en la idea general de enajenación se comprenden las de dar a censo y empeñar, claro, hasta por evidencia, resulta que en la prohibición de enajenar está comprendida la de dar en enfiteusis y la de establecer hipotecas, y esto sin atender más que a los expresos y terminantes textos legales. Por otra parte, enajenación, en romance, significa lo que en latín *alienatio*, que gramatical y filosóficamente es una síncopa de la frase *in alium mittere,* y, por consiguiente, se extiende a todo aquello de lo que pueda resultar que lo que es exclusivamente propio del huérfano venga a ser total o parcialmente de otro. Todo, pues, lo que se refiera a transferencia de las cosas, o a disminución o restricción de los derechos sobre las mismas, debe considerarse comprendido en el concepto de enajenación, y, por consiguiente, en la prohibición consignada en las leyes. Ésta, sin embargo, se limita a las cosas raíces, según la ley 18, del título 16, Partida 6.ª, aunque ya aparece más extensa en la 4.ª, título 5.º, Partida 5.ª De esta falta de absoluta conformidad en los dos textos legales, y también de que en el primero se prohibe la enajenación de los siervos que luengamente hubiesen estado en casa del padre, ha venido a producirse la disputa de si también deberá considerarse vedada a los guardadores la enajenación de cosas muebles preciosas, y generalmente los autores se deciden por la afirmativa. Pero la dificultad consiste en determinar el supuesto, en fijar qué es lo que se debe tener por mueble precioso. Mucho se ha trabajado con el intento de establecer una regla general, pero siempre se ha luchado con que el concepto es tan relativo, que lo que debe suponerse precioso para uno es despreciable para otro. En la ley de Enjuiciamiento se ha venido a resol-

ver la dificultad, declarándose, por su art. 1.401 (1), parificados a los bienes raíces, al efecto en que nos estamos ocupando, los derechos de toda clase, las alhajas de plata, oro y piedras preciosas, los bienes y muebles y los muebles o semovientes de valor, que puedan conservarse sin menoscabo. Todavía resulta insuficientemente indeterminado lo de muebles o semovientes de valor, pero prácticamente esto no ofrece dificultad alguna, siempre que las cosas se hagan en debida forma, porque siendo uno de los requisitos indispensables el inventario y debiendo ser judicial, en él pueden y deben expresarse las especiales condiciones de todos los bienes, concretamente o en relación a cada caso particular, y, por consiguiente, nunca puede o debe faltar la previa determinación del concepto.

Conocido ya el significado de las palabras, tenemos que volver a la ley 18 para considerar sus jurídicas prescripciones: «Non deben los Guardadores enagenar las cosas rayzes nin las á ellas equiparadas.» Esta es la regla general, y enseguida vienen las excepciones y la condición respecto al modo, que consiste en que en la enajenación intervenga la autoridad judicial, por manera que las cosas raíces, o las a ellas equiparadas, puedan enajenarse con otorgamiento del juez, cuando exista alguna de las razones sobredichas en la misma ley. Estas razones son: tres, especiales, y otra, general, y que consisten en la especialidad de absoluta necesidad; forzoso es examinarlas separadamente, y lo haremos por el mismo orden en que se encuentran consignadas. Pueden enajenarse los bienes de los huérfanos para pagar las deudas de su padre. Sin ninguna distinción, y, por consiguiente, en los términos más generales, aparece esta determinación en el texto legal; no obstante, creemos que debe limitarse en los justos y equitativos términos. Es indudable que si el hijo, por herencia o por cualquier otro título, ha recibido bienes de su padre, como que, en último término, las causas de adquisición se refunden en el derecho here-

(1) Artículo 2.011 de la vigente.

ditario, estará obligado a pagar las deudas de su causante, mas si todo el haber de éste se consumió en igual o semejante objeto, de modo que al huérfano nada le quede de los bienes paternos, los bienes que del padre no procedan no están sujetos a la satisfacción de sus deudas. Pero ¿cabe, contra la determinación de la ley, la distinción que se desprende de esta doctrina, o, por el contrario, deberán venderse, para pagar las deudas del padre, los bienes del hijo, cualquiera que sea su procedencia y las circunstancias o condiciones con que se haya verificado la herencia? Analicemos en términos jurídicos estos conceptos. El hijo que tiene bienes que han pertenecido a su padre debe pagar sus deudas por verdadera obligación, por deber perfecto, cuyo cumplimiento se puede exigir por justicia atributriz, pero, en el caso contrario, aunque no haya percibido bienes de su padre, como siempre es mucho la vida, la educación, tal vez la carrera o cualquier otro medio de procurarle la subsistencia, si ya no por una verdadera obligación, a lo menos por un deber imperfecto, por justicia expletriz, puede considerarse deudor y querer pagar la deuda, para salvar la buena reputación del padre, y con ella su honor, que siempre padece en semejantes casos. Indudablemente, sería loable, plausible, la conducta del hijo que de tal modo procediera. ¿Habrá querido la ley conceder al guardador, interviniendo, por supuesto, la autoridad judicial, la facultad necesaria para obrar del mismo modo a nombre de su huérfano? Estamos por la afirmativa; y nos fundamos en una sencilla consideración. El legislador no podía comprender, entre las causas de excepción, la necesidad de pagar deudas exigibles, porque, comprendiéndose el concepto en los principios y preceptos generales, en manera alguna podía presentarlo como excepcional, ninguna necesidad había de presentar en la ley como potestativo lo que es forzoso e indeclinable; luego si la ley no puede suponerse que se refiere a las verdaderas obligaciones, a los deberes perfectos, imprescindible es tenerla por aplicable a los imperfectos. Sin embargo, no puede desconocerse la exposición a graves perjuicios que podrían se-

guirse de dar al texto legal tan extensa interpretación; y siendo, como es, lo cierto que el huérfano, al salir de la guarda, por haber llegado a la mayor edad, puede, si quiere, cumplir los deberes imperfectos, la prudencia aconseja que no se cumplan en su nombre, y mientras, por su misma condición, jurídicamente se deniega el complemento de razón o discernimiento para realizar su omnímoda voluntad.

La segunda de las justas causas por las cuales el guardador, con intervención del juez, puede vender la cosa raíz, o lo que a ellas se equiparan, es por casar alguna de las hermanas del mozo. He aquí, sobre esta causa, parecidas, si no iguales, cuestiones que la anterior, y para nosotros también la misma solución, hasta tal punto, que lo determinado respecto de la una viene a corroborar lo de la otra. El hermano no tiene verdadera obligación de dotar a su hermana ni de darle cosa alguna porque se case, no tiene que reconocer sobre esto ningún deber perfecto: en justicia atributriz, estará completamente libre, pero la relación de tan íntimo parentesco, el afecto que entre personas tan allegadas no puede menos de existir, o a lo menos, siempre debe suponerse, juzgando recta y moralmente, es suficiente motivo para reconocer un deber imperfecto: y siendo esto claro a todas luces, no pudiendo caber en ello duda alguna, teniéndose que admitir, hasta por evidencia, que la ley, al determinar esta justa causa, lo hace considerando y con relación a un deber imperfecto, corroborada se encuentra en esta parte la interpretación que de la otra hemos dado. En el último término debe también adoptarse la misma solución. El guardador, con intervención judicial, podrá vender bienes del huérfano para casar alguna de sus hermanas, mas siendo lo cierto que esto, por lo mismo que no es obligatorio, es potestativo, la prudencia aconseja que no sea, si bien todavía es preciso consignar una diferencia. En el supuesto de la primera causa, poco o nada se aventura con dejar su solución para cuando el menor deje de serlo y pueda obrar por sí, mas en el supuesto de la segunda, tal vez perdida la ocasión del casamiento,

resulte la infelicidad de la mujer: esto es sumamente atendible, y en su consideración, el juez debe proceder con exquisito cuidado, pues es tan estrecha la vía que la ley determina, que, con suma facilidad, puede desviarse de ella, irrogando perjuicios comúnmente irreparables. Por fortuna, en la práctica suelen ser muy raros los casos en que haya que acudir a la aplicación de estos conceptos. La tercera causa se determina en la ley por medio de estas palabras: «ó por casamiento del mismo mozo». Ya en esto no se ofrece ninguna dificultad: siempre que, para casar al huérfano, se hiciere necesaria o conveniente la venta de algunos bienes, natural, moral y hasta de equidad es que el guardador pueda realizarla, y suficiente garantía debe considerarse la intervención judicial.

Llegamos a la cuarta y última de las causas comprendidas en la ley: la hemos llamado general, si bien con la especialísima condición de necesidad; y, en efecto, la Ley dice: «ó por otra razon derecha que le ouiesse de fazer, non lo pudiendo escusar de ninguna manera», es decir, cuando hay verdadera y absoluta necesidad. Pero en la ley 4.ª, título 5.º, Partida 5.ª, después de determinar que los tutores no deben enajenar las cosas de los huérfanos, dice: «Fueras ende quando les fuesse tan grand menester, que non podrian al fazer, ó por grand pro dellos: e estonce se ha de fazer con muy grand sabiduria, e con otorgamiento del juez del logar.» Y ya en este texto legal, no sólo se considera causa suficiente para enajenar la de necesidad, sino también la de *grand* utilidad. Así, pues, se ha admitido constantemente en la práctica, y con fundada razón, pues nunca la había para negar al huérfano lo que podría serle útil. El supuesto, sin embargo, debe resultar justificado, y no de otro modo podría tener fundamento el criterio judicial: es preciso, por lo tanto, para proceder a la venta de los bienes raíces, o los que con ellos se equiparan, de los huérfanos, la formación de un expediente; su ritualidad o forma de sustanciación se encuentra determinada en el título 13 de la segunda parte de la ley de Enjuiciamiento. Por la facilidad y porque sus comentarios estarían fuera de este lugar,

excusamos el copiar literalmente sus disposiciones, si bien de algunas tendremos que ocuparnos, por lo que se refiere a otros puntos de la materia.

En la misma ley 14, título 16, Partida 6.ª, y después de expresar las cuatro justas causas de enajenación de los bienes de los huérfanos, se establece una especial restricción acerca de la casa que haya sido del padre o del abuelo, y la ya expresada sobre los siervos antiguos: todo ello, ni significa ni puede significar otra cosa que la idea de una graduación, marcando el último término, es decir, que aquello a que últimamente debe acudirse para cubrir las necesidades del menor sea la venta de la que se suele llamar casa nativa.

Otro punto más interesante es el que se determina por la ya citada ley 4.ª, título 5.°, Partida 5.ª, en donde dice: «Pero dezimos que ninguno de los guardadores non pueda comprar ninguna cosa de las que fueren de aquel que tienen en guarda, fueras ende, si lo fiziesse con otorgamiento del Juez del logar, o de alguno otro que lo ouiesse otrosi en guarda tambien como el. E aun ha menester que aquello que de esta guisa comprare del, que sea á pro del huerfano, e non á su daño.» La indeterminación que resultaba al considerar la regla general reconocida en este texto con su excepción respecto del modo, y la condición exigida relativamente al concepto sustancial, vino a determinarse por la ley 1.ª, título 12, libro 10 de la N. R., deducida del Ordenamiento de penas de Cámara, formado por D. Alfonso XI y D. Enrique III, que dice así: «Todo hombre que es cabezalero, ó guarda de huerfanos, ó otro hombre ó muger cualquier que sea, no pueda ni deba comprar ninguna cosa de sus bienes de aquel ó aquellos que administrare; y si la comprare pública ó secretamente, pudiendose probar, la compra que asi fue fecha no vala, y sea desfecha, y torne el cuatro tanto de lo que valia lo que compró, y sea para nuestra Cámara.» La prohibición, por consiguiente, es absoluta: ningún guardador puede comprar pública ni secretamente las cosas de sus huérfanos, y, por lo tanto, ni aun en pública subasta, que es lo que algunos han inten-

tado sostener, fundándose en que en la compraventa que se realiza de tal modo no se confunde en una misma la persona del comprador y vendedor, pues éste está representado por autoridad pública. No deja de tener fuerza este argumento; sin embargo, para nosotros está rechazado por la ley Recopilada, para la que indudablemente se consideraron razones de otra índole, y si se quiere más elevadas. No es decoroso, y hasta puede ser ocasionado a inmoralidad, el que los administradores puedan adquirir las cosas de sus administrados, y, por otra parte, si tal facultad se les concediera, cuando se viera que no la ejercían, podría sospecharse que algo de malo tendría la cosa cuando el que mejor la conocía no procuraba adquirirla; y esto, más en la pública licitación que en cualquier otro medio de transferencia, podía llegar a perjudicar los intereses del huérfano. Ya que de subasta tratamos, y aunque esta solemnidad está expresamente exigida en las reglas de sustanciación que se comprenden en el título 13 de la segunda parte de la ley de Enjuiciamiento, no creemos esté demás el consignar que también se encuentra establecida en la ley 60, título 18, Partida 3.ª, que al determinar la forma en que debe hacerse la venta de las cosas raíces de los huérfanos, después de indicar la necesidad de que exista una justa causa, dice así: «E aun estonce deuese fazer con otorgamiento del Juez del lugar, andando la cosa publicamente en Almoneda treynta dias.»

Otra de las especialidades que se comprenden en la idea general de administración, y, por lo tanto, deben considerarse como una de las atribuciones de los guardadores, es la de litigar, pues necesario es el recurso o medio de hacer que se realicen los derechos, o de defenderlos cuando sean atacados. Acerca de este particular dice en su primera parte la ley 17, título 16, Partida 6.ª: «El Guardador en nome del huerfano deue demandar, e defender, el derecho del en todo pleyto quel mouiesse, ó le fuesse mouido en juycio. E si fueren los Guardadores dos, ó mas, cada vno dellos puede esto fazer, magüer el otro non estuviesse delante, seyendo el mozo menor de siete años, ó si fuesse

mayor, e non estuuiesse presente en el lugar; mas si fuesse mayor de siete años, estonce puede el mozo mouer el pleyto, con otorgamiento de su Guardador, ó el Guardador en nome del huerfano, seyendo amos delante; e si sentencia fuesse dada sobre tales pleytos contra el Guardador, non deven fazer entrega por ende en los sus bienes, mas en los del mozo que touiesse en guarda.» Claro a todas luces aparece en esta ley lo fundamental de su doctrina: el menor por sí solo no puede litigar: para hacerlo válidamente necesita el amparo de su guardador. Sin embargo, a muchas dudas y cuestiones ha dado lugar los términos en que se encuentran expresados los conceptos. Empieza declarando que el guardador es el que en nombre del huérfano, bien sea como demandante, bien sea como demandado, es el que debe litigar; sigue con la declaración de que si fueren dos o más los guardadores, basta que sea uno solo el que litigue cuando los otros estén ausentes, y todo esto lo refiere precisamente al supuesto de que, o el huérfano sea menor de siete años, o no se encuentre en el lugar del litigio. Pero en seguida declara que, si el huérfano es mayor de los siete años, y por supuesto, se encuentra presente, puede por sí mismo interponer el pleito con otorgamiento de su guardador, o este mismo a nombre del huérfano; de modo que, bien examinado, todo se reduce a que el guardador de presente, compareciendo personalmente en el negocio, puede siempre, durante toda la menor edad, interponer y seguir el litigio a nombre de su huérfano, y que éste, cuando es mayor de siete años, estando también presente y acompañado de su guardador, que debe prestar su otorgamiento, puede también mover el litigio. Todo ello, como desde luego se comprende, es pura reminiscencia del rigorismo ritual romano, y, sin embargo, o tal vez por esa misma razón, ha dado lugar, como ya hemos dicho, a graves cuestiones. Una de ellas versa sobre quién debe ser emplazado, cuando se presenta demanda contra el menor, si él mismo o el guardador: la ley 2.ª, título 7.º, Partida 3.ª, dice terminantemente: «Otrosi dezimos, que non deuen ser emplazados los que non son de edad, o que son fuera de

su sentido, o desgastadores de sus bienes, de manera que les son dados Guardadores para ello. Pero los que ouieren querella destos tales, bien pueden fazer emplazar á aquellos que touieren á ellos e á sus bienes en guarda.» Pero todavía hoy, a pesar de esto, se ha querido sostener que la demanda puede dirigirse hasta contra el mismo menor, procurando encontrar fundamento para ello en un exagerado análisis de la ley 11, título 2.º, Partida 3.ª, que dice así: «Menor seyendo alguno de edad de veinte y cinco años, non pueden fazer contra el demanda ninguna en juycio, á menos que sea delante aquel que lo ha de guardar á el, e á sus bienes. E si por auentura acaesciesse, que tal demandado como este non ouiesse quien lo guardasse, aquel que quiere fazer demanda contra el, deue pedir al Juez del logar quel de quien lo guarde, e responda por el en juycio: e el Juez deue catar alguno ome bueno, que sea su pariente, ó vezino, sin sospecha, assi como dize en el titulo de los Guardadores, e dargelo, que sea su Guardador en aquel pleyto: e aquel deue responder por el e guardarle su derecho bien, e lealmente. E el que de otra guisa fiziesse demanda contra atal persona, que non ouiesse edad complida, si el juycio fuesse dado contra el demandado, non deue valer; e si fuesse dado á su pro, e á su daño del demandador, es valedero.» Es indudable que los casos de excepción pueden ofrecerse con muchísima frecuencia, pues además de los que se comprenden en el concepto de la ley, cabe otro más general, cual es el de que el demandante ignore si la persona contra quien tiene que dirigirse es menor, o si tiene guardador o quien lo sea; pero por muchos que los casos sean, como todos serán excepcionales, nunca pueden destruir la regla general consignada como supuesto principal en la ley, y que en lenguaje más moderno podrá traducirse: no puede proceder ninguna demanda dirigida contra menor de veinticinco años, si no está delante su guardador. Podrá hacerse la demanda, cabrá hasta citar al demandado; pero tan pronto como se dé con el inconveniente de que es menor, ya para seguir el negocio tendrá que intervenir el guardador y con él entenderse el verdadero em-

plazamiento, que no es otra cosa que el mandato de venir a juicio, como se expresa en la ya citada ley del título 7.º Todo cuanto, pues, se diga y quiera analizarse, tendrá más de ingenioso que de sustancial, apareciendo siempre en primer término la verdad de que lo determinado en juicio seguido con un menor, sin que en ello haya intervenido el guardador, sólo le será válido si le es beneficioso, pues en cuanto le sea perjudicial es nulo, como terminantemente lo dice la ley últimamente eopiada, y lo confirma la 1.ª, título 25, Partida 3.ª, cuya copia excusamos, porque sobre ella tendremos que ocuparnos al tratar de la restitución concedida a los menores. La misma doctrina se ve reconocida en las leyes 3.ª y 4.ª, título 3.º, libro 4.º del Fuero Juzgo, y 2.ª, título 7.º, libro 3.º del Fuero Real.

Es constante en todas las leyes de las Partidas que, como referentes a la materia de que nos hemos ocupado, dejamos copiadas, la exigencia de que el guardador esté presente en la prosecución del litigio, y además sobre este punto dice la 3.ª, título 5.º, Partida 3.ª: «Menor de veynte e cinco años puede dar Personero por si en juycio, con otorgamiento de su Guardador. E si por auentura, el mismo lo diesse por si, non gelo otorgando su Guardador; si tal Personero fiziere alguna cosa en juycio, que sea á pro del huerfano, vale. Mas si diessen juycio contra el, ó fiziessen alguna cosa que fuesse á su daño, por razon de aquella personeria, non valdria. E otrosi dezimos, que el Guardador non puede dar por si Personero para fazer demanda, ó respuesta, en juycio, por el huerfano, si el primeramente por su persona non comienza el pleyto, por demanda, e por respuesta. Mas despues que lo ouiere comenzado, assi bien lo puede fazer, si quisiere.» Esta ley, en el tiempo en que se dió, en consideración a sus precedentes romanos y en concordancia con todas las del mismo Código, resultaba perfectamente armónica, sencilla y hasta necesaria en su aplicación. El menor podía nombrar personero en juicio con otorgamiento de su guardador, y no de otra manera, porque era condición sin la cual no podía obligarse el mandato a otro. Es decir, que al menor, autorizado por su

guardador, se le permitía lo que a todos los demás, pero no así al guardador, al cual se le prohibía nombrar personero para empezar el juicio como demandante o demandado en nombre del huérfano, y se le permitía después de principiado el mismo litigio por demanda y por respuesta. La razón era también muy sencilla. En la demanda y contestación verdaderamente consiste lo sustancial del litigio, y antes de principiarlo es cuando debe considerarse y determinarse sobre si puede ser perjudicial o conveniente; además, en la demanda y contestación consiste el verdadero cuasicontrato con ellas: se produce la causa obligatoria, y necesariamente tiene que intervenir el que puede resultar obligado, si llega a justificarse que indebidamente consintió en lo que era perjudicial al menor; mas después de incoado el litigio, perfeccionado ya en cuasicontrato, lo subsiguiente es ya consecuencial, y, por lo tanto, pierde la condición en la que se funda la exigencia consignada en la misma ley. Pero con posterioridad vino a determinarse que los litigios se siguieran siempre, no por las mismas personas litigantes, sino por procuradores de oficio, como se ve mandado, respecto de las Audiencias, en la ley 1.ª, título 31, libro 5.º de la N., y después se hizo extensivo a los demás Tribunales. Resulta, pues, que los guardadores ni podían litigar por sí, a nombre de sus huérfanos, conforme a la ley Recopilada, ni nombrar personero ni procurador, conforme a la de las Partidas. De aquí vino, como hemos dicho al tratar de los curadores *ad litem*, el abuso, si bien no del todo infundado, de nombrarlos para todos los casos en que los menores tuvieran que litigar, aunque ningún inconveniente hubiera en que en el litigio fueran representados por sus guardadores. Ya en el mencionado lugar hemos consignado cómo por la ley de Enjuiciamiento se ha venido a determinar la materia, concordando estos que parecían encontrados preceptos, por lo que creyendo suficiente lo ya dicho, excusamos repetirlo. Resumiendo, pues, todo lo concerniente al modo y forma en que deben litigar los huérfanos, hoy día puede reducirse a las proposiciones siguientes: siempre que tengan que comparecer

en juicio como demandantes o demandados, deberán hacerlo auxiliados por sus guardadores, los cuales serán los que den poder al procurador de oficio, para que, como persona necesaria, intervenga en la sustanciación; sólo será necesario el nombramiento de curador *ad litem* cuando los intereses del huérfano y de su guardador estén o puedan estar en contradicción, pudiéndose explicar por esta regla general todos los casos que aparecen excepciones.

Volvamos ahora a la ley 17, título 16 de la Partida 6.ª, que en su segunda parte dice así: «Otrosi dezimos, que el mozo non puede fazer pleyto, nin postura, con otro ninguno, en que obligue ninguna cosa de sus bienes, á menos de otorgamiento de su Guardador; e si lo fiziere á daño de si, non deue valer. Pero si otro alguno fiziere pleyto con el, venciendole, ó obligandole á alguna cosa que fuesse á pro del mozo, valdria el pleyto que de esta guisa fuesse fecho. E el otorgamiento que el Guardador fiziere en nome del en juycio, ó fuera del juycio, develo fazer por si, e non por mandadero, nin por carta: ca si de otra guisa lo fiziesse, non valdria.» He aquí preceptuado el que hemos dicho ser principio fundamental de todo lo que se comprende en esta sección. Nada pueden hacer los huérfanos sin intervención de los guardadores en sentido de obligarse por convención, y, por el contrario, todo lo que hagan en su beneficio será válido y eficaz. Para la buena inteligencia de esta proposición, es preciso no perder de vista ninguno de sus términos. Los huérfanos no pueden obligarse por convención: sabido es que en esta idea se comprenden todas las causas lícitas de obligación, pero no los hechos ilícitos; los huérfanos, por consiguiente, pueden resultar obligados por los hechos ilícitos, sin que por esto se contradiga la proposición, que, en los términos en que la hemos formulado, resulta, no sólo exacta, sino tan general, que no admite ninguna clase de excepción. Presentaban algunos como tales las obligaciones en que podían incidir los huérfanos por delito, y también por proceder con malicia o con ficción: de estas particularidades nos ocuparemos en el título en que expongamos lo relativo a la restitución de los

menores, pero no podemos prescindir de adelantar estas ideas, por su íntima relación con el punto que estamos examinando, y porque, generalmente, los autores las presentan con el carácter que nosotros rechazamos. Lo que a los menores se les concede o reconoce es una verdadera excepción contra las acciones que traten de ejercitarse por obligaciones que aparezcan resultantes de convención, pues lo que la ley les prohibe es hacer *pleyto nin postura con otro ninguno en que obliguen ninguna cosa de sus bienes*, mas cuando incurren en hechos ilícitos imputables, por ellos quedan, y no pueden menos de quedar, obligados, no sólo en sentido penal, sino también respecto de todas las obligaciones civiles, y, por consiguiente, a requerimiento de daños y perjuicios. La determinación de este concepto consiste en distinguir cuándo los hechos ilícitos son o no imputables a los menores; pero esto sale ya de la esfera en que debe comprenderse la materia de que nos ocupamos: tendremos que tratarlo según ya hemos indicado al ocuparnos en la restitución, y todavía más fundamentalmente cuando lleguemos a tratar de las obligaciones que procedan de los hechos ilícitos.

No pueden los huérfanos, sin otorgamiento de sus guardadores, obligarse por convención. Conocido ya el significado de este axioma, inmediatamente y con facilidad se comprende que tampoco puedan desobligar, liberar, a los que a su favor resulten obligados, pues si no pueden contraer obligación, tampoco han de poder, y por la misma razón, perder derecho. También para la explanación de esta doctrina sería preciso acudir a considerar todo lo referente a la conclusión de las obligaciones: tan cierto es, que en la ciencia del derecho nada hay que no se relacione con todo lo demás; pero como el proceder de este modo raya en el imposible, acudiremos, como por vía de ejemplo, a la ley 4.ª, título 14, Partida 5.ª, que dice así: «Apercibido deue ser todo ome que ouiere de fazer la paga al menor de veynte e cinco años para fazerla de manera que la non aya de pagar otra vez. E para ser seguro desto, deue pagar lo que deue, á el, ó á su Guardador, con otorgamien-

to, ó mandamiento del Juez del lugar. Ca si de otra guisa lo fiziesse, e despues jugasse los dineros quel fuessen pagados, ó los malmetiesse, ó los perdiesse en alguna manera, non seria quito por ende del debdo. Ante dezimos, que lo auia á pagar otra vez. Mas faziendo la paga con otorgamiento del Judgador, assi como sobredicho es, como quier que fiziesse despues su daño de los dineros el menor de 25 años, non seria tenudo el otro de gelos pagar. Ante dezimos, que seria quito en todas guisas del debdo. E esso mismo dezimos, que deve ser guardado en la paga que ouiesse á fazer al loco, ó al desmemoriado, ó al desgastador de sus bienes á quien fuesse dado Guardador.» Es muy de notar que en esta ley, para que la solución que produce la paga sea eficaz, debe hacerse al menor o a su guardador, pero siempre, o en cada uno de los supuestos, con otorgamiento o mandamiento del Juez del lugar, de modo que, así como para contraer obligación basta la intervención del guardador, para perder derecho es necesaria la del Juez. Esto, que a primera vista aparece algún tanto contraditorio, no lo es tan pronto como se relacionen los conceptos para determinar los unos con los otros. En el general de administración no puede menos de conceptuarse comprendido el de cobrar lo que se refiera a rentas y productos, pero cuando se trate de una deuda que afecte a lo que verdaderamente constituye el capital, ya el concepto se eleva a una mayor consideración, y a esto es a lo que verdaderamente se refiere la ley. Si, por ejemplo, existe un capital del huérfano, dado a préstamo con interés, la paga de los réditos será eficaz con sólo hacerla al menor con otorgamiento del guardador, pero llegado el caso de la devolución del capital, para la verdadera solución, para que resulte eficazmente la estimación de la obligación, deberá intervenir la autoridad judicial. Es también muy de notar que en la ley no se lleva el supuesto ni el precepto más allá que lo que se comprende en los términos de la equidad, pues para que el deudor siga obligado, no obstante la paga, es preciso que el huérfano *malmeta, malgaste, pierda* lo que en tal concepto haya recibido, pues si lo retiene o conserva,

no puede volver a reclamarlo, porque utilizándolo dos veces resultaría que se enriquecería con perjuicio de otro. Con esto también se explica la necesidad de la intervención judicial, que viene a determinarse en la ley de Enjuiciamiento. Entre las atribuciones que se conceden a los jueces, al encomendarles el especial cuidado en los negocios de los huérfanos, se dice: «Si procedente de cualquiera enajenación hubiere alguna suma depositada para darle destino determinado, procurarán tenga esto cumplido efecto. Procurarán la imposición de cualesquiera fondos existentes, a la que no deba darse otra aplicación especial (art. 1.272) (1). Hecha la venta, cuidará el juez, bajo su responsabilidad, de que se dé al precio que se haya obtenido la aplicación indicada al solicitar la autorización para ella (art. 1.409) (2). El precio se entregará, mientras se le da la aplicación correspondiente, al tutor o curador, si estuvien relevados de fianza, o si las que tengan prestadas son suficientes para responder de ello. En otro caso, se depositarán en el establecimiento público en que deban constituirse los depósitos judiciales. Reducida la fianza, según ya hemos visto, a lo que pueda resultar de los actos de mera administración, siempre que el guardador tenga que percibir cantidades que constituyan el verdadero capital, puede incurrirse en el inconveniente de no resultar suficientemente garantizada la devolución, y para precaverlo debe intervenir el juez del mismo modo cuando el capital resulta de la percepción de una cosa vendida que de la paga de una deuda.

Otro de los medios de concluir las obligaciones por novación es el que resulta de toda transacción. Siempre en tal supuesto se disputa sobre la determinación de un derecho, y es preciso garantizar que la decisión no perjudique al menor. La garantía se reduce a un juicio pericial, que en la ley de Enjuiciamiento se determina en los términos siguientes: «Para conceder autorización, a fin de transigir

(1) Art. 1.876 de la vigente.

(2) Art. 2.023 ídem.

sobre derechos de menores o incapacitados, se necesitan los mismos requisitos establecidos en el art. 1.402. Para la justificación de la necesidad o utilidad de la transacción, deberá oírse, a lo menos, la opinión de tres letrados en ejercicio de su profesión, a los cuales se pasarán previamente todos los antecedentes necesarios para que puedan formar su juicio y emitir su dictamen con el debido conocimiento. Estimando el juez bastantemente acreditadas la necesidad o utilidad de la transacción, otorgará la autorización para hacerla, facilitando al tutor o curador testimonio de su providencia para acreditarla debidamente. Si no estimare suficiente la justificación hecha podrá denegarla. La providencia que dictare es en todo caso apelable libremente y en ambos efectos» (1). Resulta, pues, de esto, que en cada transacción debe intervenir el juez, añadiendo a su criterio científico el juicio de tres peritos en la ciencia; no le es obligatorio el seguir su dictamen; concurren, por consiguiente, como meros consejeros, ni tienen, por lo tanto, responsabilidad, ni eximen al juez de la que pueda caberle. Se ha querido extender lo establecido, respecto a la transacción, al compromiso de someter la decisión al juicio de árbitros o arbitradores, y los que esto impugnan presentan como razón lo determinado en el art. 772 de la misma ley de Enjuiciamiento, que dice así: «No pueden comprometerse en árbitros las cuestiones del estado civil de las personas, ni las en que deba intervenir el Ministerio fiscal con arreglo a las leyes» (2). Debida a la verdad resultaría esta objeción, considerando que en la generalidad de los negocios concernientes a los huérfanos, ni se trata de su estado civil, ni para nada tiene que intervenir el Ministerio fiscal. Otras, por lo tanto, y mucho más fundamentales son las razones que se oponen a que lo determinado respecto de la transacción se extienda al compromiso. El juez, en cuanto es llamado a intervenir en los negocios de los huérfanos, no

(1) Artículos 2.025 a 2.029 de la vigente.
(2) Art. 813 del Código civil.

procede por jurisdicción, sino por oficio. Para que el compromiso se equipare a la transacción, sería necesario que el juez interviniera aprobándolo, y de aquí resultaría una delegación: no podemos entrar, por ahora, en la lata explanación de todas estas ideas, por lo que tenemos que concretarnos a decir sucintamente que, aun cuando la jurisdicción pueda ser delegada, nunca puede serlo de oficio, y, por consiguiente, que nunca puede el juez transferir a otro lo que por su propio oficio le compete; de lo que resulta que ni con autorización judicial ni sin ella puede someterse la decisión de los negocios jurídicos, en los que hayan de decidirse y ventilarse derechos de los huérfanos, al juicio de árbitros ni arbitradores. Además, el mismo resultado que se procurara por medio del compromiso se puede conseguir por el de la transacción, pues siendo lo cierto que en dictamen o juicio pericial se han de consignar los términos en que debe resolverse la cuestión y concluirse definitivamente el negocio, no otra cosa había de resultar de la sentencia arbitral, y siempre faltaría la principal de las garantías, que consiste en que *a posteriori*, después de todo, recaiga la aprobación del juez, como las leyes exigen; admitido el supuesto del juez arbitral, se invertirían los términos, resultando que la aprobación judicial recayera antes de conocerse el verdadero y concreto modo de determinarse el negocio.

Si los huérfanos, sin el auxilio de sus guardadores y la intervención judicial, según ya queda expresada, no pueden perder ni disminuir sus derechos, facultados se encuentran por la misma ley 17 del título 16, Partida 6.ª, para adquirirlos, puesto que serán válidas cuantas convenciones celebren en lo que les sea beneficioso; esto en sí no ofrece ninguna dificultad, pero algunos han querido encontrarla, si bien, en nuestro concepto, fundándose en un falso supuesto. Dicen que lo concedido a los menores en los términos expresados es un privilegio, y quieren deducir que cuando los dos tratantes sean menores, la convención debe ser válida y eficaz, porque no cabe la excepción concedida por privilegio cuando se quiere hacer valer con-

tra otro privilegiado. Ni lo concedido a los menores es privilegio, ni aunque lo fuera resultaría legítima la consecuencia. Los menores no se obligan por convención, porque no pueden obligarse; el derecho nada les concede, antes por el contrario, les niega el suficiente discernimiento para que pueda tenerse por perfecta la voluntad, que es la base de toda convención. Es cierto que esto les es beneficioso, pero del mismo modo que todo lo que jurídicamente ha llegado a reconocerse y a establecerse para evitar lo que pueda perjudicarles: bajo ningún concepto, por lo tanto, puede conceptuarse privilegio, y aunque lo fuera, siempre vendría a resultar que el mismo concepto tuviera que atribuirse al ganancioso que al perjudicado, y la consecuencia vendría a destruirse por el mismo principio. Si el menor, por ser menor, no perdía lo que había ganado contratando con otro menor, dado que esto fuera por privilegio, vendría a incurrirse en el contraprincipio de que el privilegiado lo disfrutara contra otro que también lo era. El contrato celebrado por el huérfano, siempre que le es perjudicial, es ineficaz, y siéndolo para una de las partes, no puede menos de serlo para la otra; de modo que aunque quiera decirse que debe ser válido, por el beneficio que él reporta al otro menor, tan pronto como se llega a este punto, se implican los términos, y sólo queda el fundamental, por el que se resuelve la ineficacia de todo lo que ha hecho el menor sin estar competentemente autorizado. Por último, la equidad y hasta la moral ordenan que antes se atienda a la reposición de lo perjudicial que al sostenimiento de lo lucrativo; por lo tanto, mientras un menor pierde, no puede admitirse que otro menor gane con referencia a un mismo negocio.

A esto puede reducirse lo que debe comprenderse en este capítulo. Otros derechos y obligaciones nos restan que examinar; mas como vienen a tenerse que realizar más bien después de concluída la guarda que durante ella, hemos creído conveniente reservarlos para después de tener examinado lo referente a los diferentes modos de concluirse la tutela y curatela; en aquel lugar, pues, nos ocu-

paremos de la dación de cuentas y de la retribución debida a los guardadores: son verdaderamente derechos y obligaciones; podrían, y tal vez debían, comprenderse en el presente capítulo; pero creemos más oportuno reservarlos para el indicado lugar, si bien consignando esta advertencia como medio de debida relación.

CAPÍTULO VI

De cómo se concluye la guarda (1).

Indicaciones generales. — Causas por las que se concluye la guarda. — Edad. — Muerte natural y civil.—Guarda a cierto tiempo o bajo condición.—Adopción del huérfano. — Excusa o remoción del guardador. — Por qué causas puede considerarse sospechoso el guardador y medios para evitar perjuicios al huérfano. — Acción pública para acusar a los sospechosos y precedimiento de oficio para ejercitarla. — Pena de infamia.—Venia o dispensa de edad.—Procedimiento para conseguirla y extensión de la misma.

Del objeto y condiciones esenciales de la guarda se deducen lógica y jurídicamente todas las causas que producen su conclusión. Es una restricción de la libertad, aceptable, por lo tanto, tan sólo en el concepto de procurar un bien mayor que el mal que en sí lleva; su sostenimiento más allá de lo necesario, útil o conveniente, vendría a producir precisamente el efecto contrario. Esto por parte del huérfano; y por la de su guardador, como que precisamente se le da para que lo ampare y defienda, tan pronto como estos conceptos lleguen a no poder ser realizados o aun a poderse contradecir, se incurre también en la necesidad de tener la guarda por concluída. He aquí la exposición de la materia comprendida en este capítulo, y, desde luego, sin más que con estas ligeras indicaciones, se desprende que, de las causas de la conclusión de la guarda, unas se refieren a los huérfanos; otras, a sus guardadores, y aun otras puede decirse que comprenden a los dos. Es también preciso advertir que, para tratar de la conclusión de la guarda, se

(1) Art. 278 del Código civil.

hace necesario, tal vez con más precisión que en los demás puntos que se comprenden en la materia, distinguir las dos especies, pues no de otro modo sería posible la verdadera explicación y recta inteligencia de los textos legales, que ya, con estas ligeras modificaciones, podemos pasar a examinar concretamente.

Dice en su final la ley 12, título 16, Partida 6.ª: «E la guarda de cada uno destos Guardadores deue durar fasta que el mozo sea de edad de catorze años, e fasta que la moza sea de edad de doce, quier sea establescido el Guardador en testamento, ó de otra guisa: e de alli adelantre, deuen los Judgadores dar, e otorgar al mozo, con otro Guardador, e á que llaman en latin *curator*, tomando tal recabdo del, como del Tutor. E este atal deuele auer en guarda, fasta que el huerfano sea de edad de veinte e cinco años.» Aquí tenemos la conclusión de la guarda por edad, y con toda especificación, puesto que se determina que la tutela de la mujer concluya a los doce años; la del hombre, a los catorce, y la curatela de los huérfanos de ambos sexos, a los veinticinco, concepto que también se comprende implícitamente en la ley 14 y en otras del mismo título. Por más claro y determinante que esto aparezca en nuestra legislación, no podemos prescindir de hacer notar que en la ley 3.ª, título 3.º, libro 4.º del Fuero Juzgo, a los hermanos mayores de veinte años se concede la guarda de los suyos menores, cuando la pierde la madre por casarse, de lo que debe deducirse que, en este caso especial, por la legislación goda, la curatela concluía a los veinte años, pues es uno de los principios reconocidos que el que se encuentra constituído en guarda no puede ejercer la de otro.

En la ley 21 del mismo título 16, Partida 6.ª, se determinan ya específicamente las causas de la conclusión de la guarda, y siguiendo ya el método adoptado en cosas semejantes, las iremos examinando con la debida separación. Empieza diciendo: «Durar deue el oficio de los Guardadores fasta que los huerfanos sean de edad de catorce años, si fueren varones; e si fueren mugeres, fasta que sean

de doce.» Esto no es más que una exacta repetición de lo dicho en la ley 12, si bien sea en la parte dedicada exclusivamente a la tutela; nada, por consiguiente, creemos necesario añadir a lo expuesto respecto de esta primera causa de conclusión, y pasamos a la segunda.

Sigue la ley: «Otrosi, se acaba tal guarda como esta por muerte, ó por desterramiento del Guardador, ó del huerfano. Esso mismo seria si tornasse en seruidumbre, ó cautiuassen á qualquier dellos.» Los autores expresan los conceptos comprendidos en esta parte de la ley con la fórmula de que la guarda concluye por la muerte natural y civil; y esta es una de las causas, extensiva tanto para los huérfanos como para los guardadores. Respecto de la muerte natural, poco o nada hay que decir: por ella, en lo humano, todo acaba, y tanto que la causa se refiera al huérfano como a su guardador, la guarda, por parte del que muere, queda concluída, si bien sea necesario acudir a la debida sustitución cuando el sobreviviente sea el huérfano y necesite, por lo tanto, otro guardador. Acerca de la muerte civil, la ley la comprende en la palabra *desterramiento*, que es preciso entender en sentido de que sea tal que prive al huérfano a al guardador del ejercicio de los derechos civiles y de los de ciudadano, como ya hemos tenido ocasión de explicar en otras partes. Por lo que hace a la esclavitud, el espíritu y literales palabras de la ley están muy conformes con todas las demás de aquel Código, porque reconociéndose en él esa condición de los hombres y siendo la guarda una institución que se refiere siempre a personas libres, el esclavo ni podía estar en ella ni tampoco ejercerla, en términos que, según la ley 7.ª del mismo título, cuando el padre nombraba en su testamento a alguno de sus siervos para que fuera guardador de sus hijos, se suponía que le concedía la libertad y quedaba manumitido. En el día, abolida la esclavitud de derecho, si por cualquier causa cae en ella el huérfano o el guardador, siempre se considerará como ilegítima, y, por consiguiente, no tendrá más carácter que el de ausencia forzosa.

Sigue la ley expresando la tercera de las causas por que

se concluye la guarda en estos términos. «E aun dezimos que si alguno fuesse dado por Guardador á tiempo cierto, ó so condicion, que se acaba tal guarda cumpliendose el tiempo; ó fallesciendo, la condicion.» Por lo que hace al tiempo, hay que notar que únicamente puede tener lugar esta causa de concluirse la guarda en la testamentaría, porque sólo al testador le es permitido dar guardador para que lo sea hasta un día determinado, en atención a que ni en la guarda legítima cabe semejante idea, porque el pariente llamado a ella debe serlo mientras exista la necesidad, ni en la dativa puede suponerse que sea elegida una persona apta hasta cierto tiempo y que deje de serlo desde un día prefijado. Mas respecto de la condición han disputado mucho los autores, hasta suponer error o falta de explicación en el texto legal. Nosotros, por el contrario, creemos que en él existe perfecta exactitud y hasta perfecta claridad. Es indudable que la guarda, particularmente la testamentaria, puede establecerse bajo condición, y que precisamente la primera entre las legítimas bajo condición se establece, pues la madre, para ser tutora, tiene que prometer no pasar a segundas nupcias, y si a esta promesa falta, si se casa, por el mismo hecho, e inmediatamente, pierde la guarda, según terminantemente se establece en la ley 19 del mismo título. La condición impuesta puede ser no sólo afirmativa, sino también negativa, y comprender, por lo tanto, el concepto afirmativo; puede, por ejemplo, un testador decir: Nombro tutor de mis hijos a Pedro, para que lo sea mientras permanezca soltero, como lo dice de la madre la ley, mientras permanezca viuda. En los dos casos, y nótese que son en la testamentaria y legítima, el supuesto es afirmativo, por lo mismo que la condición es negativa: «si no se casan, o mientras no se casen»; cuando, pues, fallece la condición, cuando cualquiera de los dos se casan, debe concluir la guarda, y concluye por verdadero espíritu y texto legal de la ley. Además, es tan exacto y expresivo el texto, que todavía puede tomarse la palabra en otra acepción. Condición no sólo significa el evento futuro contingente, sino también estado, posición, situación, y

por eso, aun jurídicamente, se dice que la esclavitud es una condición; en la guarda de los incapacitados puede fallecer, en este concepto, la condición, porque pueden salir del patológico-mental a su sano juicio en que se encuentran: tan pronto, pues, como esto suceda y se justifique, debe concluir la guarda, por faltar la condición. Resulta, por lo tanto, que el texto legal, si bien breve y compendioso, no puede tener más exactitud ni claridad, y que si necesita alguna explicación, es tan sólo porque los expositores, al querer explicarlo, sólo han logrado confundirlo.

Prosigue la ley determinando la cuarta de las causas de conclusión de la guarda en estos términos: «Otrosi dezimos, que se acabaria tal guarda como esta si porfijassen al huerfano, ó al Guardador, seyendo de aquellos Guardadores que son llamados legitimos.» El profijamiento o adopción del huérfano tiene que ser verdadera arrogación, y en tal caso, como que es uno de los medios de constituir la patria potestad, necesariamente tiene que serlo de conclusión de la guarda, porque el que tiene padre legítimo o legal no puede estar constituído en tutela ni curatela. Mas respecto del guardador produce el texto legal una duda, de la cual nadie ha salido, ni nosotros tenemos la presunción de salir. Es claro que si el guardador, por arrogación, se constituye bajo la patria potestad de otro, sufre la que se llama *disminución de estado (capitis diminutio* mínima), pero ni aun por esto queda impedido para ejercer la guarda; además, expresamente refiere la ley la causa de conclusión a los guardadores que son llamados legítimos, de modo que no la extiende a los testamentarios ni dativos. En qué, pues, puede fundarse para esta tan concreta determinación, ni nadie lo ha encontrado, ni nosotros lo encontramos: se ha hablado mucho de la diferencia tan notable, en el antiguo Derecho romano, entre aguación y cognación, suponiendo que, siendo el tutor legítimo llamado al cargo por agnado y perdiendo la agnación por la adopción, cesando la causa, debía cesar el efecto, y concluir, por lo tanto, la guarda; pero en la legislación romana, que debieron tomar por original los componedores de

los libros de las Partidas, ya estaba abolida la diferencia entre agnados y cognados, y ya en todas las leyes del Código Alfonsino, sin tomar en cuenta para nada la distinción, se habla de los próximos parientes. Creemos, por lo tanto, que el precepto establecido en la ley no tiene más razón que la de encontrarse en iguales términos en el párrafo 4.º, título 12, libro 1.º, de las *Instituciones* de Justiniano, que estaba en conformidad con el antiguo Derecho romano, y con la diferencia entre agnados y cognados, puesto que ésta vino a terminarse por leyes posteriores, cual es la 9.ª, título 118, capítulo 5.º Los componedores de las Partidas trasladaron el precepto sin notar que su razón había cesado, y así lo piensa el Pavorde de Valencia, por lo que concluiremos con lo que él dice: «Celebraríamos ver quién discurriese mejor, para conformarnos luego con su dictamen.»

La quinta y última de las causas por las que se concluye la guarda se expresa en la citada ley diciendo: «E aun se acabaria quando el Guardador se escussase de lo ser por alguna razon derecha, ó si le tirassen de la guarda por sospechoso.» En esta parte, la ley se refiere a dos supuestos, de los cuales el primero lo tenemos ya considerado y explicado: es causa suficiente, para la conclusión de la guarda, la excusa, mas de ellas tratamos en el capítulo dedicado a explicar quiénes pueden ser guardadores, y allí expusimos la razón de nuestro modo de proceder, que consiste en que, como la excusa puede usarse para no aceptar el cargo, no es rigurosamente una de las razones por la que se concluya la guarda, pues mal puede concluir lo que no empieza. No por eso puede tacharse de inexacto el texto legal, porque distinguiéndose las excusas en necesarias o voluntarias, puede el guardador, que se encuentre asistido de alguna de las segundas, aceptar el cargo y ejercerlo, sin embargo de poder dejarlo a su voluntad alegando la excusa por la cual pueda eximirse, que en tal caso se invertirá en excusa de la conclusión de la guarda. No así respecto de la remoción por sospecha: ésta siempre tiene que ser causa de conclusión, por la misma razón,

aunque en sentido contrario, pues sólo puede concluir lo que ya ha empezado a ser, y he aquí por qué hemos reservado para este capítulo el examen de las justas causas que producen sospecha suficiente para remover, separar o tirar de lo guarda a los ya constituídos en el cargo.

Dice la ley 1.ª, título 18, Partida 6.ª: «Aquel Guardador puede ser llamado sospechoso que es de tales maneras que pueden sospechar contra él que desgastara los bienes del huerfano, ó que le mostrara malas costumbres. E magüer este atal fuesse rico, e quisiesse dar fiador de guardar, e aliñar los bienes del mozo, por todo esso non le deven dexar en su guarda: porque tal fiadura non le tolleria al Guardador el mal entendimiento, ó la mala voluntad que ouiesse, en gastar lo del huerfano. E aun dezimos, que si el Guardador fuere pobre, e de buenas maneras, non deuen por ende sacar de su poder al huerfano, e dar otros en su lugar. E las otras razones por que pueden toller á los Guardadores los huerfanos, ó dar otros en su lugar, son estas: assi como si alguno ouiesse seydo Guardador de otro huerfano, e ouiesse procurado mal los bienes del. Ó le ouiesse mostrado malas maneras. Ó si despues que ouiesse en guarda al mozo, fuesse fallado que era su enemigo, ó de sus parientes. Ó si dixesse delante del Juez que non tenia que dar á comer al mozo, e fallassen que dize mentira. Ó si non fiziesse escrito de los bienes del huerfano, á que llaman Inventario, segun desuso diximos. Ó si non le amparasse á el, e á sus bienes, en juicio ó fuera de juicio. Ó si se escondiesse, e non quisiesse pareszer quando supiesse que le auian dado por Guardador del huerfano.» Esta ley y todas las demás del mismo título, empezando por su preámbulo, se dirigen a consumar, por decirlo así, los medios de precaución para evitar los perjuicios que por la falta de cuidado o mala administración pueden sufrir los menores; no es necesario, por lo tanto, que los hayan sufrido: basta la sospecha de que estén expuestos a sufrirlos para que se acuda a evitar su realización, porque es mejor precaver que tener que remediar. Pero en el mismo inconveniente se incurriría si se hubiera de proceder de ligero y

sin consideración a una causa suficiente para fundar en ella la sospecha, y he aquí la razón por la cual en la ley se expresan las que, existiendo, deben reputarse suficientes al efecto. Es muy de notar lo que se determina respecto de la riqueza y de la pobreza, pues en verdad, ni la primera debe considerarse suficiente garantía, ni tampoco la segunda causa de remoción, cuando por otras razones puedan contradecirse las que en diversos sentidos de una y otra se desprenden. Acerca de las demás creemos excusados toda clase de comentarios, pues por sí mismas se explican, y sí sólo sobre la última debemos parar nuestra consideración. El ocultarse el guardador para evitar el ejercicio del cargo es suficiente razón de sospecha, y por ella debe ser removido. La ley, en esta causa como en otras, y esto ya lo notamos en el capítulo anterior, considera en la condición de guardador al que es llamado a la guarda aun antes del discernimiento, y, por consiguiente, refiere la idea de conclusión a este supuesto. Esto nada tiene de particular, y aparece con toda claridad, pero la dificultad consiste en que sin más que acudirse, por parte del guardador, a esta razón de sospecha, sin más que incurrir en ella, en su mano está el hacer que la guarda sea un cargo voluntario. Es cierto que siempre, en tal caso, se constituirá el guardador en situación hasta cierto punto odiosa, mas como la odiosidad únicamente se refiere a valerse de un medio indirecto para conseguir lo que directamente no le es dado, pequeño o ninguno ha de venir a ser el perjuicio que en su buena reputación padezca. El original de esta parte de la ley se encuentra en el párrafo tercero de la 7.ª, título 10, libro 26, Digesto, y es de notar que en la ley latina se ordena que, cuando el guardador no aparezca, sea llamado por edictos y sólo se decrete su remoción como cosa extraordinaria y con exquisita inquisición. Con esto verdaderamente se concordaba el supuesto de que la guarda fuera forzosa en términos generales, pero al trasladar el precepto a nuestra ley se ha hecho en términos tan extensos, de tal modo se generaliza el concepto y se facilita el recurso que en él se comprende, que indudablemente parece que por este me-

dio, aunque tan indirecto, se ha venido a determinar lo que en la patria es constante: que a nadie contra su voluntad se le obliga a ser guardador.

La ley 2.ª del mismo título dice así: «Acusar puede al Guardador por sospechoso cada uno del pueblo. E señaladamente es tenuda de lo fazer la madre del huerfano, ó su auuela, ó su hermana, ó su ama que lo crio; ó otra persona qualquier, tambien magüer como varon, que se mueua á fazerlo por razon de piedad. Pero el mozo que fuere menor de catorce años non podria acusar á su Guardador por sospechoso; mas si fuesse mayor, poderlo y a fazer con consejo de sus parientes. E cada uno destos sobredichos puede acusar por sospechoso tambien al Guardador que fuesse dado al que fuesse aun en el vientre de la madre, como al que fuesse ya nascido, quier fuesse establescido por Guardador en testamento; ó por razon de parentesco, á quien dizen legitimo; ó fuesse dado por otorgamiento del Juez del lugar. E la acusación de los Guardadores que se faze por razon de sospecha deue ser fecha delante del Judgador mayor del lugar do ha el mozo sus bienes, estando delante aquel contra quien es dada la acusacion de la sospecha.» Como se ve por lo expresamente consignado en esta ley, la acción para acusar a los sospechosos es pública, si bien se encarga su ejercicio a las personas que por el mayor afecto deben estar más interesadas en la buena gestión de los negocios. Se prohibe la acusación contra su guardador al menor de catorce años, y para que se admita la del mayor de esta edad, se exige que proceda con consejo de sus parientes. Respecto del juez ante quien debe hacerse, aunque, según la expresión de la ley, indica cierta especialidad, el conocimiento compete a la jurisdicción ordinaria y el pleito debe seguir por sus trámites ordinarios, con la audiencia del acusado, y esto es lo que significa en la actual sustanciación el concepto comprendido en las palabras *estando delante aquel contra quien es dada la acusación de la sospecha*.

No sólo se establece la acción pública, sino también el procedimiento de oficio, como expresamente lo declara la

ley 3.ª del mismo título en los términos siguientes: «El Judgador, de su oficio, puede remouer al Guardador de la guarda, magüer non le acuse ninguno, si viere ó entendiere que faze mal la fazienda del huerfano, en qualquiera manera quier que lo vea, ó lo entienda. Otrosi dezimos, que luego quel Guardador es acusado por sospechoso, e el pleyto de la acusacion es comenzado por demanda, e por respuesta, deue el Juez dar á otro ome bueno, en fieldad, la guarda del mozo, e de sus bienes, fasta quel pleyto sea acabado.» La última precaución exigida por la ley es, no sólo consiguiente, sino necesaria, en términos de verdadera prudencia, porque a ella repugnaría que la persona que cuando menos está bajo la suposición de ser sospechoso y litigando acerca de este particular, siguiera encargado del cuidado de la persona y bienes del huérfano.

Viene, por último, la ley 4.ª del mismo título, que dice así: «Tollido seyendo el Guardador del huerfano de la guarda del huerfano, por sospechoso, por algun engaño que le ouiesse fecho en sus bienes, dezimos que finca enfamado por ende por siempre, e deue pechar el daño que fizo al huerfano, segun aluedrio del Judgador. Mas si fuesse remouido de la guarda, non por engaño que ouiesse fecho á sabiendas, mas por que fuesse ome perezoso, ó de mal recabdo, estonce non seria por ende enfamado. Pero deuen dar luego algun ome bueno que guarde al mozo, e á sus bienes, en lugar del otro. E sobre todo dezimos, que todas aquellas razones e sospechas que diximos en estas leyes que han lugar en el Guardador del pupilo, esas mismas deuen ser guardadas en el otro Guardador, que es dado á los menores de veinte e cinco años, e mayores de catorze, á que dicen Curator.» Creemos excusada toda clase de comentarios acerca de esta ley, por innecesarios para su completa inteligencia: únicamente hay que indicar que, habiéndose abolido por nuestra moderna legislación la pena de infamia, ha venido a destruirse en términos rigurosamente legales la diferencia de cuando los guardadores, por la causa de la remoción en que incurren, quedan o no infamados. Sin embargo, no sólo moral y social, sino jurídi-

camente, a todas luces resalta la diferencia que existe entre el engaño o dolo y la mera culpa, descuido o negligencia, y las consecuencias que necesariamente tienen que deducirse de esa distinción.

Para concluir la exposición de las causas por las cuales se concluye la guarda, réstanos hablar de la venia o dispensa de edad: esta es una de las que se comprenden bajo la denominación de gracias al sacar; corresponde, por consiguiente, el concederla al rey, según el art. 1.° de la ley de 14 de abril de 1838. Por la antigua práctica, para obtener esta gracia había que solicitarla en la Cámara de Castilla, siendo el huérfano mayor de diez y ocho años y menor de veinte, y en pasando de esta edad, hasta los veinticinco, se acudía a solicitarla ante el Supremo Consejo de Castilla; de modo que, por regla general, sólo podía concederse a los mayores de veinte años, y para admitir la pretensión a los que no los hubieran, pero sí los diez y ocho, era necesario que primero se les concediera la gracia de pedirla antes de los veinte. Habilitados con esta concesión, o habiendo cumplido ya los veinte años, se presentaba el recurso ante el Consejo, se daba comisión al corregidor, o sea juez del domicilio, para que recibiera la información justificativa de los hechos y razones alegados; el juez la formulaba con ciertas solemnidades, y la devolvía al Consejo; en éste todavía se ampliaba, y, por último, se consultaba a S. M. para que recayera la real resolución, según más detenidamente puede verse en el capítulo 98 de la obra de D. Pedro Escolano titulada *Práctica del Consejo*.

Pero suprimido aquel Supremo Tribunal y también la Cámara de Castilla, la práctica, sobre esta materia, quedo vaga e indeterminada, hasta que la ley de Enjuiciamiento ha venido a fijarla. Por ella, y conforme a lo establecido por la ley de 14 de abril de 1838, «se acude en primer lugar directamente a S. M. por el Ministerio de Gracia y Justicia; se expide una Real orden, que, por conducto de la respectiva Audiencia, se comunica al juez de primera instancia del domicilio del solicitante. El juez admite la información, que deberá practicarse ante excelentísimo y con citación

del promotor fiscal y de todos los que en ella puedan tener interés; concluída, el promotor formulará su dictamen, y también el juez, y lo remitirá a la Audiencia, la cual también pondrá el suyo, devolviendo el expediente, instruído en esta forma, al gobierno de S. M. para su resolución». (Título 2.º de la 2.ª parte de dicha ley de Enjuiciamiento) (1).

No encontramos ley alguna vigente que fije la edad en que deba pedirse u otorgarse esta gracia, de modo que habrá que considerar esta circunstancia como una de las atendibles para concederla o negarla. Respecto de su extensión, antiguamente se concedía para «hacer contratos de arrendamientos, comparecer en juicio, recaudar los frutos y venderlos, tomar cuentas y todo lo que se puede comprender bajo la idea de administración, menos el vender ni obligar los bienes raíces sin autoridad y decreto judicial» (capítulo citado de la *Práctica del Consejo)*. Pero el Rey puede ampliar y restringir esta concesión sin limitación alguna, y en cada caso especial será forzoso atenerse a los términos en que se encuentra extendida. Por manera que, según ellos, la venia será causa legal de concluir la guarda, con más o menos extensión. La dificultad consiste en determinarla cuando la concesión está concebida en los términos de: «Con arreglo a derecho», que es lo más común; en tal caso se disputa si el agraciado tendrá únicamente la facultad de administrar o también la de enajenar los bienes raíces. Nosotros creemos que podrá hacer por sí solo lo que podía hacer acompañado o autorizado por su curador, y, por consiguiente, que para vender bienes raíces necesitará la licencia judicial. Ya hemos visto y consignado en su respectivo lugar cómo la mujer y el hombre, por casamiento, salen de la guarda antes de cumplir la mayor edad, y la extensión de las facultades que por esta causa adquieren.

---

(1) Artículos 1.980 a 1.991 de la vigente.

CAPÍTULO VII

De lo subsiguiente a la conclusión de la guarda (1).

Rendición de cuentas y entrega de bienes. — Retribución de los guardadores. — Si deben o no deducirse de la décima los gastos necesarios de la guarda. — Caso de diferentes administraciones. — Criterio de la ley de Enjuiciamiento civil. — A quién deben darse las cuentas y entregarse los bienes. — A quiénes alcanza el cumplimiento de la obligación.

Después de consignar la ley 21, título 16, Partida 6.ª, las causas por las cuales concluye la guarda, en su última parte dice: «Pero en qualquier destas maneras sobredichas que se acabe el oficio del Guardador, tenudo es luego de dar buena cuenta, e verdadera, de todos los bienes del huerfano, tamien mueble como rayz, e entregarlo todo á el mismo, e á su Guardador, que es llamado Curator. E para esto cumplir, es obligado tamien el Guardador, como sus fiadores, e sus herederos, e todos sus bienes, al huerfano, e á sus herederos.» En este texto legal se encuentra refundido cuanto se refiere a las obligaciones y derechos que deben realizarse después de concluída la guarda, pues todo ello puede comprenderse en la idea de dar cuentas y conforme a ellas verificar la debida entrega de las cosas que han estado a cargo del guardador, y asimismo de aquellas de que debe responder, después de deducir lo que le corresponde por los diferentes conceptos a que se extiende la guarda. Para expresarlo, si se quiere, en términos más vulgares, todo se reduce a for-

---

(1) Artículos 272 y 279 a 287 del Código civil.

mar el cargo y data, y de su comparación deducir el saldo, con cuya entrega queda el guardador libre y quito de toda obligación. Respecto de los bienes raíces y los que a ellos se parifican, tenemos que recordar lo que ya dijimos al ocuparnos en el inventario y también al tratar de cómo pueden ser enajenadas estas cosas cuando pertenecen a menores, pues siendo lo cierto que en el inventario deben constar, y que, para su enajenación, son indispensables requisitos públicos y auténticos, que no sólo las justifican, sino que garantizan la inversión del producto, y su custodia, cuando resulta algún sobrante, según los artículos 1.409 y 1.410 de la ley de Enjuiciamiento (1), es claro que, verificadas con arreglo a derecho todas las necesarias operaciones, ha de resultar, por una parte, en el inventario la exclusión de las cosas enajenadas, y, por otra, un supuesto para el cargo de las cuentas, caso de haber ingresado algún sobrante en poder del guardador. Conviene también recordar lo que ya dejamos dicho relativamente a no tener que dar cuentas el guardador cuando se le han concedido frutos por alimentos o frutos por pensión, en cuyo caso su obligación queda limitada a entregar lo que resulte inventariado, si bien esto sin ninguna deducción. Con estos antecedentes podremos ya pasar a exponer lo que verdaderamente deben formar el cargo y data, si bien, ante todo, es preciso exponer lo referente a uno de los supuestos que venimos constantemente considerando, y es el que se refiere a la retribución concedida a los guardadores.

La tutela y curatela, entre los romanos, eran cargos públicos, hasta cierto punto honoríficos, y siempre gratuitos, y con el mismo carácter aparecen en la legislación de las Partidas, pero no así en la goda ni en la que de ella ha tomado su origen, y es la que se ha considerado vigente. La ley 3.ª, título 3.º, libro 4.º del Fuero Juzgo dice: «E mandamos que tome todo el diezmo del fruto en que viva, por que non faga grandes despensas en lo al. E si algunas despen-

(1) Artículos 2.023 y 2.024 de la vigente.

sas faciere, por los negocios de los hermanos, de lo suyo, muestrelo al juez, e cobrelo de los sus hermanos comunalmente.» Parece que, por este texto legal, la retribución se limitaba al caso en que la guarda de los huérfanos fuere ejercida por sus hermanos, pero con toda claridad se generaliza en la ley 2.ª, título 7.º del Fuero Real, que dice así: «E quienquier que los tenga, mantengalos de los frutos, e tome para si el diezmo de los frutos por razon de su trabajo.» Mucho se ha escrito y disputado sobre la recta inteligencia y aplicación de estos preceptos legales: procuraremos exponer tan sólo lo suficiente para la solución de las cuestiones en lo que conceptuamos verdaderamente interesante. Se concede a los guardadores la décima de los frutos, y lo primero que ocurre es fijar la significación de la palabra. En ninguno de los dos Fueros se encuentra determinada, pero en la ley 4.ª, título 14, Partida 6.ª, se dice: «Segun dixeron los Sabios antiguos, aquello es llamado fruto que finca en saluo á aquel que lo cogio, sacadas las dispensas que fizo por razon del.» No desconocemos que la explicación de la palabra *frutos*, dada por esta ley, pueda tal vez rechazarse al quererla aplicar a otras de tan distinto origen, pero la fuerza que quisiera concederse a esta objeción se disminuye mucho considerando que en la misma ley se expresa que la explicación se toma del lenguaje científico del que habían usado los sabios, y no como preceptivo para un caso especial. Con esto, indudablemente, viene a determinarse que la décima no debe deducirse de todo lo que produzcan los bienes y sí sólo de lo que resulte líquido, después de deducir lo que se comprende bajo la denominación de «gastos reproductivos», después de sacadas las despensas necesarias para conseguir los mismos frutos.

Pero todavía queda otra duda, y es la de si deberá el guardador deducir, además de la décima, los gastos necesarios u originados por la misma guarda, o si, por el contrario, éstos son los que deben considerarse remunerados con la misma décima. La ley del Fuero Juzgo, al conceder al guardador la décima, expresa que tal concesión se le

hace «por que non faga grandes despensas en lo al», es decir, de los demás productos. La ley del Fuero Real expresa que al guardador se le concede la décima por razón de su trabajo; es, por lo tanto, indudable que el guardador debe considerar todo el trabajo intelectual y material que ponga en la guarda remunerado con la décima, y, por lo mismo, debe considerarse obligado a prestarlo por el mero hecho de disfrutarla. Pero, separadamente del cuidado y trabajo que se comprende en la idea de buena administración, puede tal vez el guardador encontrarse en el caso de ocuparse en otras especies de trabajos útiles y aun necesarios al huérfano, y éstos ya no deben considerarse recompensados con la décima. Supongamos, por ejemplo, que el guardador es un labrador, y que, habiendo que labrar las heredades del huérfano, lo hace por sí, con sus yuntas. Indudablemente, podrá pagarse o cobrarse por sí mismo el valor de este trabajo, sin que deba considerarse comprendido en la décima. Pero llega el caso de confundirse ya el supuesto, como sucedería, por ejemplo, si el huérfano tuviera que viajar y el guardador debiera acompañarlo: seríanle abonables los verdaderos gastos de viaje, los ocasionados en la manutención y traslación mientras estuviera fuera de su casa, pero nada podría exigir por su cuidado y trabajo personal, debiendo considerarlo remunerado con la percepción de la décima. Hay también que considerar que la guarda puede ser de tal naturaleza que necesite diferentes administraciones en distintos lugares, y que, por lo tanto, sea preciso pagar o remunerar a la persona que preste el servicio en cada uno de ellos. Estos gastos, como necesarios, deben considerarse reproductivos, y, por consiguiente, deben deducirse antes de fijar el producto líquido para sacar la décima.

Como la modificación de todos estos conceptos y la combinación de los unos con los otros llega a ser indeterminable, viene a resultar la imposibilidad de comprenderlos en una misma regla general, y de aquí que la práctica hubiera llegado a ser muy varia; y generalmente, en aquellas guardas que se referían a caudales de grande conside-

ración era muy frecuente señalar un sueldo o pensión al guardador, que lo percibía en lugar de la décima, y esto es lo que ha venido a determinarse por la ley de Enjuiciamiento. Ya hemos tenido lugar de notar, al hablar del discernimiento, que antes de hacerlo, y conforme al artículo 1.261 (1), el juez, teniendo en consideración la entidad del menor o incapacitado y las circuntancias de su persona, y oyendo siempre al promotor, debe determinar si se entiende el desempeño del cargo fruto por pensión, y que, en caso contrario, el mismo juez señalará lo que el menor deba consumir en sus alimentos y educación y el tanto por ciento que haya de abonarse por la administración. Hechos, pues, estos señalamientos, y según el art. 1.263, todo lo que en ellos se comprenda será de abono en las cuentas al tutor o curador, debiendo agregarse a la masa del caudal los productos íntegros del mismo, y he aquí, de un modo claro y determinado, resueltas las dudas que hasta la publicación de esta ley podían suscitarse. Deberán agregarse al caudal los productos íntegros, es decir, deducidas las despensas o gastos reproductivos, y sólo podrá deducirse lo que previamente se haya determinado que debe invertirse en los alimentos y educación del huérfano y darse al guardador en remuneración de su trabajo. Este modo de proceder estaba ya determinado por las mismas leyes ya citadas: en la del Fuero Juzgo, y lo mismo en la del Fuero Real, se ordenaba que el guardador tomara para sí el diezmo de los frutos, y es claro que, supuesto iba percibiéndolo conforme se iba produciendo, sin necesidad de que otro se lo diera, en la formación de sus cuentas finales debía serle de abono; por manera que la única variación fundamental introducida por la ley de Enjuiciamiento consiste en haberse establecido como regla general, y para todos los casos, lo que antes se practicaba con aplicación a las guardas de caudales de gran cuantía.

Volviendo ahora a la ley de las Partidas, nos encontra-

(1) Artículos 268 y 276 del Código civil.

mos en ella determinado a quién deben darse las cuentas y hacerse la entrega de lo que de ellas resulte, y dice «que debe ser al mismo huerfano ó á su guardador». Si, pues, el caso de darlas llega, por haberse concluído la guarda en razón a haber cumplido el huérfano la mayor edad, a su cargo y riesgo queda el examinarlas, aprobarlas o refutarlas, y cualquiera cuestión que sobre ello resulte se ventilará judicial o extrajudicialmente entre el ya mayor de edad y el que hubiera sido su guardador. Esto mismo deberá entenderse con referencia a los herederos del huérfano, si su muerte ha sido la conclusión de la guarda, pero si hubieran de darse las cuentas por haberse concluído la guarda, siendo todavía de menor edad el huérfano, se observarán las reglas prescritas en los artículos 1.274 y 1.275 de la ley de Enjuiciamiento, concebidos en estos términos: «Sobre las cuentas que los tutores y curadores rindieren durante aun la menor edad de sus pupilos, se oirá siempre al curador para pleitos de los mismos, si lo tuvieren, y si no, a los promotores fiscales. No oponiendo los mismos menores, ni sus curadores para pleitos, o promotores en su caso, reparo a las cuentas, se aprobarán con la cualidad de sin perjuicio del derecho que las leyes conceden a los mismos para reclamar cualquier agravio que en ellas pueda habérseles causado.»

Al cumplimiento de la obligación de entrega, y según la misma ley, «es obligado tambien el guardador, como sus fiadores, e sus herederos, e todos sus bienes, al huerfano e a sus herederos». Han querido algunos suponer, fundándose en estas palabras, que los herederos de los guardadores y fiadores tienen que responder, no sólo con los bienes que de ellos hereden, sino hasta con los que les pertenezcan por cualquier otra causa, y, sin dudar, rechazamos semejante opinión, a no ser que se concrete al caso de haberse aceptado la herencia a todo cargo y riesgo y sin beneficio de inventario, pues sólo así, como en su lugar veremos, pasa a los herederos la responsabilidad de las obligaciones que tenían sus causantes. Los bienes de los guardadores y de los fiadores son los que estaban, y aun están, en los nego-

cios que deban regirse por la antigua legislación, sujetos a las responsabilidades que resulten por el ejercicio de la guarda en virtud de una hipoteca legal general, y también los del que se casa con la madre, guardadora de sus hijos, según la ley 5.ª, título 16, Partida 6.ª, pero por la ley de Enjuiciamiento, y según en su lugar hemos visto, ya la fianza debe consistir en hipoteca especial, y por la ley llamada Hipotecaria ya ha quedado también abolida hasta la hipoteca general, que se reconocía sobre los bienes de los mismos guardadores, sustituyéndose en su lugar la hipoteca especial. No creemos oportuno ni conveniente extendernos en este lugar más acerca de este punto, reservando su explanación para cuando, al tratar de las hipotecas, podamos hacerlo fundamentalmente y en consideración a todos los principios reconocidos y preceptos establecidos. Para concluir, diremos que los derechos y obligaciones de entrega y abonos o datos consiguientes se comprenden en el derecho bajo la fórmula de que al huérfano o sus herederos compete la acción directa, y al guardador o los suyos la contraria, fórmula que también tendrá su explicación en su lugar correspondiente.

CAPÍTULO VIII

De la restitución «in integrum» (1).

Remedio contra los perjuicios que hayan podido recibir los menores. — Fórmula romana. — Su existencia en la legislación de origen godo. — Definición de la restitución «in integrum». — Análisis de los elementos de la definición. — Idea del concepto «reposición». — Existencia del perjuicio. — Método.

En los capítulos anteriores hemos considerado los medios de precaución que en el derecho se encuentran establecidos para evitar que los huérfanos, que los que no puedañ dirigir por sí sus propios negocios, sean perjudicados por la gestión de los que necesariamente tienen que acudir en su auxilio, supliendo la falta de discernimiento o experiencia que en ellos se reconoce. Hemos dicho que es mejor precaver que tener que remediar, mas como al entendimiento humano, por su limitación, no le es dado preverlo todo, no satisfechos los legisladores con los medios de precaución, y considerando que, a pesar de ello, los huérfanos están expuestos a ser indebidamente perjudicados, han excogitado un remedio que se reduce a deshacer lo que resulte hecho en su perjuicio, aunque en el negocio se hayan cumplido las precauciones legales. Este remedio es el que se comprende en la fórmula de restitución *in integrum*, que, por tomarla directamente del derecho romano, en el lenguaje jurídico permanece todavía sin haber sido completamente traducida, y con harta razón, pues de cualquier

(1) El Código admite sólo la rescisión en el caso del núm. 1.° de su artículo 1.291.

modo que lo fuera, perdería mucho de su exacta significación.

Mas no tan sólo se encuentra este recurso en nuestra legislación de origen romano, sino que también aparece establecido en la de origen godo. La última parte de la ley 3.ª, título 3.º, libro 4.º, del Fuero Juzgo, dice así: «E si algunas demandas fueren fechas contra los mismos, aquel que fuere su defendedor deve responder por ellos. E si non lo quisiere fazer, aquel que demanda deve seer entregado daquello que demanda por el juez, salvo el derecho de los ninnos que lo demanden quando fueren de edad complida. E aquel que lo demanda, si por indizio lo pudieren vencer los ninnos, deve entregar aquello que rescibió, con todos sus frutos, e con todos sus derechos, á los ninnos, ó á sus herederos, ó á quien lo ellos dieren. E porque demandó la cosa que non pudo vencer, peche x. sueldos demas. Mas si el defendedor quisiere defender los ninnos, puedelo fazer. E si las cosas de los ninnos fueren perdidas por negligencia del defendedor, develo entregar de lo suyo.» La siguiente del mismo título declara nulos e ineficaces los contratos que aparezcan celebrados entre los huérfanos y sus guardadores mientras los han tenido en guarda, concediendo el derecho de reclamar contra ellos después de haber cumplido la mayor edad, y es preciso parar la consideración en su última parte, porque a primera vista parece que al mayor de veinticinco años se le niega el derecho de reclamar contra el perjuicio sufrido durante la menor edad, lo que, admitido, produciría una manifiesta contradicción. Dice así: «Onde por esta ley avemos dado consejo á todos los huerfanos, fueras ende aquellos que son de tal edad que pues que an xv. annos passados, non manda la ley que puedan demandar lo que perdieran antes.» Es indudable que de estas palabras parece poderse deducir el indicado concepto; pero acudiendo a su original latín, claramente se comprende que el precepto se reduce a negar a los huérfanos el derecho de reclamar contra lo que hayan contratado después de cumplir los veinticinco años, lo que viene a resultar perfectamente armónico con todos los principios reco-

nocidos y preceptos establecidos. Para examinarlos y determinarlos, acudiremos a la legislación de las Partidas, pues guiados por su luminoso sistema, podremos proceder con más claridad en la exposición de la materia.

Dice la ley 1.ª, título 19, Partida 6.ª: «Restitutio, en latin, tanto quier dezir, en romanze, como demanda de entrega que faze el menor al Juez que le torne algun pleyto, ó alguna postura que ha fecho con otro, á daño de si, en el estado primero en que ante estaua; e que reuoque el juycio de que fuesse dado contra el, e torne el pleyto en el estado en que era ante que lo diessen. E tiene pro esta entrega á los menores, ca por ella son guardados de daño que les podria venir por su liviandad, ó por engaño que les ouiessen fecho.» De los elementos fundamentales que en esta ley se comprenden, así como también de los comprendidos en otras, en las cuales tendremos que ocuparnos, siguiendo el curso de nuestro trabajo, puede deducirse y formarse con bastante exactitud la definición de la restitución *in integrum* diciendo ser la reposición de un negocio válido al estado que tenía antes de haber sucedido lo que ha resultado perjudicial a la persona que legalmente puede utilizar este recurso. No pretendemos, en manera alguna, que se acepte esta definición como completamente satisfactoria, ni mucho menos como absolutamente perfecta, porque no incurrimos en la jactancia de realizar lo que nadie ha conseguido. La creemos, sí, suficiente para determinar el concepto general de la cosa definida, y así la presentamos, y por lo mismo reconocemos la necesidad de explicar los términos que vienen a formarla, y que con el examen de toda la materia resultarán justificados, de modo que, si no *à priori*, *à posteriori* pueda aceptarse como buena.

En la palabra reposición comprendemos la idea de la retroacción de un estado a otro anterior dentro de un mismo negocio, así se expresa en la definición; pero es preciso advertir que si la reposición o retroacción viene a poner las cosas al estado anterior de la causa fundamental o absolutamente eficaz del negocio, habrá de convenirse en que ya no resulta dentro, sino fuera de lo verdaderamente

sustancial. Creemos que por medio de un ejemplo podrá explicarse con toda claridad este concepto, que en la estricta teoría no deja de aparecer con alguna confusión. Supóngase un contrato de compraventa consumado con las respectivas entregas de la cosa y el precio; que el vendedor, siendo persona que pueda valerse del recurso, ha sufrido un perjuicio, al recibir el precio, dentro del negocio: deberá reponerse, no al estado que tenía antes de la convención, y sí sólo al anterior de haber recibido la cantidad convenida. Pero supóngase que el perjuicio se originó en la misma convención: ya en tal caso la reposición vendrá a determinar la ineficacia de todo lo hecho, resultando, por lo tanto, referente a un estado que no puede menos de considerarse fuera del negocio. Decimos también que éste ha de ser válido, y en esto comprendemos una de las condiciones sustanciales del recurso, cual es la de ser defectivo, subsidiario, la de no tener lugar mientras haya otro que pueda producir el mismo resultado; si, pues, existe causa de nulidad, o de rescisión, o cualquiera otro medio por el cual pueda repararse el perjuicio, no cabe acudir al recurso de la restitución. Suponen algunos que la restitución es efecto de la rescisión, y esto nos precisa a ocuparnos en destruir este error, si bien por ahora no podremos hacerlo con toda la detención necesaria, y sí sólo acudiendo a generales indicaciones y hasta con el inconveniente de tener que adelantar muchas ideas que, a la verdad, no son de este lugar. Si se trata de considerar la restitución y rescisión relacionadas como causa y efecto, mejor que la proposición indicada, podrá sostenerse la contraria. Es cierto que, en último término, los efectos vienen a parificarse; pero no por eso deben confundirse las causas, porque de la confusión inmediatamente resultan los gravísimos inconvenientes en que incurren los que aceptan el supuesto que nosotros rechazamos. Por la rescisión se destruyen los efectos de los actos en que haya intervenido dolo, miedo, violencia o alguna de las otras justas causas, y también los contratos de los cuales a cualquiera de las partes resulte lesión en más de la mitad del justo precio:

el recurso, por consiguiente, es general, y por todos puede utilizarse; el de restitución es taxativo a ciertas y determinadas personas. Los que sostienen la proposición rechazada incurren en el inconveniente de suponer que las causas que hemos indicado de rescisión lo son de restitución, si no inmediata, mediatamente, de lo que vendría a resultar una indebida generalización de un recurso que por sí es muy especial y concreto a casos y circunstancias taxativamente determinadas. Así como no hay que rescindir lo nulo, tampoco hay que restituir lo rescindible, de lo que viene a resultar que la restitución sólo tiene lugar cuando no hay causa de nulidad ni de rescisión, y, por consiguiente, cuando el negocio es válido, si bien puedan acudir, para destruir sus efectos, a este recurso subsidiario y defectivo las personas a las cuales especialmente se les concede. Es cierto que las leyes que determinan los conceptos comprendidos en la materia, como ya puede notarse en la que ya dejamos copiada, al establecer las causas pueden motivar el recurso, hablan del daño que hayan sufrido los huérfanos por liviandad o por engaño, y de aquí han querido algunos deducir que, siendo el engaño o dolo causa de rescisión y siendo lo cierto que por engaño pueden los huérfanos valerse del recurso de restitución, precisamente se incurre en la negativa de la proposición de que el recurso sea siempre defectivo o subsidiario, puesto que a los menores les es concedido, en el caso considerado, utilizar el de restitución, aun cuando pueda acudirse al de rescisión.

Reconocemos la fuerza de la réplica, pero con ella misma puede confirmarse nuestra doctrina. Es cierto que el menor o persona considerada podrá valerse, en el caso supuesto, de cualquiera de los dos recursos, a su elección, pero nótese que ésta no se generaliza y sí sólo se concede en un supuesto especial, respectivamente al negocio y a la persona, y, además, esto mismo justifica lo que venimos sosteniendo respecto de que si se quieren poner en relación, como causa y efecto, los recursos de rescisión y restitución, más bien que ser efecto este del otro, resultará al

contrario, porque si en la elección se opta por el de rescisión, para nada hay que acudir al de restitución, y si por éste, aunque sin ninguna necesidad que obligue a ello, porque en sí mismo lleva el complemento de la idea, sin que tampoco haya inconveniente, podrá decirse que, en último término, por la restitución se consigue la rescisión.

Se expresa además en la definición con decir que el negocio debe reponerse al estado que tenía antes de haber sucedido lo que ha resultado perjudicial, que uno de sus supuestos esenciales ha de ser la existencia de un perjuicio; por manera que, si el supuesto no existe, el recurso no tiene lugar. Así se deduce necesariamente, no sólo del verdadero espíritu de la ley, sino también de sus terminantes palabras, puesto que con toda precisión expresan que la demanda del menor debe ser para que el juez «le torne algun pleyto o alguna postura que ha fecho con otro á daño de si», y además se añade que la restitución tiene por único objeto el que los menores sean guardados de daño. Es absolutamente necesario, por lo tanto, para que el recurso proceda, que el daño se justifique en términos que, de lo contrario, por más que la petición se admita, al decidir acerca de ella, deberá ser negada. Venimos a concluir la definición diciendo que, para que la restitución proceda, lo que resulte perjudicial en el negocio ha de aceptar a persona que legalmente pueda utilizar este recurso. Y con este medio de expresión hemos querido dar al concepto toda y sola la extensión que jurídicamente tiene. Ya hemos dicho que la restitución se concede taxativamente a personas determinadas o constituídas en especiales condiciones. Si sólo hubiera de atenderse a lo determinado por la ley, a cuyo examen nos ocupamos, resultaría que el recurso tan sólo se concede a los menores; pero no es esta la verdad, puesto que hay otras varias clases de personas, a las que, por las especiales condiciones en que se encuentren constituídas, se les concede el mismo recurso.

En la segunda parte de nuestro trabajo iremos determinando quiénes son las que en tal caso se encuentran: sin embargo, y puesto que por ahora estamos generalizando,

creemos oportuno de este lugar exponer el concepto general comprensivo de todas las particulares. La restitución *in integrum* se ha instituído jurídicamente, no como un privilegio que pueda considerarse odioso, sino como un beneficio compensativo de los perjuicios que tienen que sufrir, por sus mismas condiciones jurídicas, las personas a quienes se concede. Después de examinar todos los casos particulares en que el recurso tiene lugar, *à posteriori* viene a demostrarse que el beneficio tan sólo se otorga a las personas que están constituídas en la perjudicial posición de no poder administrar por sí sus bienes y de tener, por consiguiente, que encomendarlos al cuidado ajeno.

Todo cuanto dejamos dicho se ve confirmado por las disposiciones generales que rigen en la materia: vamos a proceder a su examen; pero así como hemos conceptuado conveniente procurar la debida disposición por medio de estas previas indicaciones, del mismo modo tenemos por necesario indicar el método, puesto que también con ello justificaremos uno de los conceptos de la definición. En ella hemos usado la palabra *negocio*, por ser la genérica y comprensiva de todos los actos jurídicos, mas tan pronto como se para la consideración en la ley, se encuentran distinguidos los convencionales de los litigios, comprendiéndose los primeros en la palabra pleito o postura, y los segundos en la de juicio. En la sección tercera nos ocuparemos de las personas a quienes, además de los menores e incapacitados, se extiende el beneficio del recurso de restitución, y, por último, en la cuarta expondremos lo concerniente al tiempo, y forma de entablar y seguir el recurso, para poder determinar el verdadero estado actual de la institución.

SECCIÓN PRIMERA

DE LA RESTITUCIÓN DE LOS NEGOCIOS CONVENCIONAL

Limitación del recurso por razón de la edad.— Causas o motivos para que proceda la restitución. — Engaño que le haya hecho otro hombre. — Culpa de los guardadores.— Reclamación del guardador contra el tercero. — Dolo por parte del guardador.—Liviandad del menor. — Implica una presunción a favor de éste que sólo cede a la justificación de la verdad contraria. — Su diferencia con las otras dos causas.—Prueba para conseguir la invalidación del contrato.—Minoría de edad.— Existencia de engaño o de daño grande.—Si cabe la restitución en los negocios en que haya intervenido la autoridad judicial. — Casos en que especialmente se determina la procedencia del recurso. — Si se trata de menor de quince años que sufrió menoscabo. — Si se engañó al escoger en lo dejado en testamento o de otra manera. — Ofrecimiento de mayor precio por la casa del menor vendida en almoneda.—Circunstancias en que se aplica.—Convenciones.—Efectos del recurso respecto a terceros que intervengan en el negocio. — Adición de la herencia.— Casos en que se niega la restitución. — Malicia o engaño del menor. — Juramento del mayor de catorce años.— Precedentes históricos.— Criterio razonable y equitativo de las Partidas.— Inadmisión de nueva restitución denegada la primera.— Caso de la libertad del siervo. — Convenio otorgado con todas las precauciones legales y con la previsión de un hombre prudente y de mayor edad. — Cuándo cabe estimar este caso. — Miedo, fuerza, lesión y enajenación maliciosa. — Retracto.

La ley 2.ª del citado título 19, Partida 6.ª, dice así: «Menor es llamado aquel que non ha aun veynte e cinco años cumplidos, quanto tiempo quier que le mengüe ende. E de tal menor como este se entiende, que si tal daño ó menoscabo recibiere por su *liviandad,* ó por *culpa* de su Guardador, ó por engaño quel ficiesse otro ome, que deve ser entregado de aquella cosa que perdió, ó que se le menoscabó, por qualquier de estas tres razones; provando el daño, ó el menoscabo, e que era menor de veinte e cinco años quando lo recibió: ca, si esto non fuesse provado, non se desataria lo que fuesse fecho, ó puesto, con el, ó con su Guardador.» Lo primero que hay que notar en esta ley es la limitación del recurso por razón de la edad. En la anterior se ve concedido a los menores, y en ésta se determina el concepto de la palabra, explicando que por tales de-

ben tenerse los que han cumplido veinticinco años. Es, pues, preciso, para que la restitución tenga lugar, que el acto, que el supuesto perjudicial, se haya realizado durante la prefijada edad antes de su complemento. Algunos han querido encontrar duda sobre el modo de completar el tiempo, pero es lo cierto que, tomando por regla incuestionable lo determinado por el párrafo 3.ª, ley 3.ª, título 4.º, libro 4.º del Digesto, la computación se hace de momento a momento, tomando por punto de partida el del nacimiento y por término el del cumplimiento de los veinticinco años; mas como el primero suele no aparecer con entera fijeza, siempre que tal inconveniente resulte, necesariamente habrá que incurrir en la computación de día a día, y no creemos necesario mayor detención sobre este punto.

Viene en seguida la ley determinando los motivos o causas que se consideran eficientes para que proceda la restitución del daño por ellas ocasionado, y son tres: la liviandad de los menores, la culpa de sus guardadores, o el engaño que les haya hecho otro hombre: procederemos a examinarlas por un orden inverso, o, lo que es lo mismo, empezando por la última. Ya dejamos indicado que el engaño sustancial en la convicción, de modo que contraríe verdaderamente el consentimiento, es causa, no solamente para la restitución, sino también para la rescisión, y, por lo tanto, que produce un recurso, no concreto y especial a los menores, sino también otro general a toda clase de personas que bajo tal concepto hayan sido perjudicadas. Es evidente que, para la completa determinación de estas ideas, se hace indispensable el exacto conocimiento del recurso de rescisión, que desde luego se comprende no es de este lugar, por lo que tenemos que limitarnos a estas generales indicaciones, o, lo que es lo mismo, a llamar la atención sobre esta referencia. La segunda de las causas por las que se concede la restitución es la culpa de los guardadores. También acerca de esto nos encontramos con la misma indicada dificultad, y también para obviarla tenemos que adelantar algunas ideas. Culpa, jurídicamente hablando, tanto quiere decir como falta de cuidado u omisión de dili-

gencia: siempre, pues, que por culpa del guardador se haya ocasionado algún daño al menor, podrá acudir al recurso de la restitución, pero ya en este punto se suscitan y sostienen verdaderas y graves cuestiones. Los autores las proponen y ventilan formulando diferentes proposiciones, de las cuales dos son las más esenciales, y, por lo tanto, en ellas pueden comprenderse las demás; nos limitaremos, por lo mismo, a expresarlo.

La primera puede comprenderse en estos términos: cuando por culpa del guardador se ha originado un daño al menor, éste tiene la elección de la acción directa de tutela o útil de curatela y del recurso de la restitución. Indudablemente, aquí aparece una excepción de la que hemos presentado como regla general, al decir que la restitución es un recurso subsidiario o defectivo, y que, por lo tanto, sólo puede tener lugar a falta de otro. Ya hemos visto que lo mismo hay que admitir cuando el perjuicio ha sido producido por engaño. Reconocida, pues, la regla general y sus excepciones, desaparece por completo su contradicción, sin más que acudir al principio de que la excepción, lejos de destruir la regla, la confirma, y es indudable que, sin negar la acción de tutela o curatela al menor, la ley que estamos examinando, en el caso considerado, le concede el beneficio de la restitución. Pero es preciso examinar el resultado de cada uno de los dos modos de proceder, y aquí llega a ser necesario el examen de la segunda proposición.

Puede ésta formularse en los términos siguientes: cuando el guardor, requerido directamente, resarce el daño que por su culpa ha ocasionado al menor, puede, por la cesión de acción, reclamar contra el tercero que se haya utilizado indebidamente. Esta es la proposición en la que convienen la generalidad de los autores, presentando, empero, algunos la distinción que, lejos de contrariarla, la confirma, pues consiste en determinar que la cesión, o más bien transferencia legal de la acción para utilizar el recurso, cabe cuando el guardador ha procedido con culpa, mas no con dolo. Aunque con temor de incurrir en la nota de di-

fusos, creemos indispensable una más lata explicación de todos estos conceptos.

Es preciso considerar como primer supuesto la intervención, en el negocio del menor, de su guardador y una tercera persona que haya contratado con el menor; el segundo supuesto es que del negocio resulte un perjuicio al menor, y el tercero, que, en la elección concedida al menor, opte por la acción directa contra su guardador. Éste no podrá negarse a responder, y obligado resultará al resarcimiento del perjuicio que, por su culpa, el menor haya sufrido; pero como el resarcimiento tiene que serle gravoso, y como la tercera persona haya reportado indebidamente un beneficio equivalente al perjuicio que sufrió el menor, dados todos estos supuestos, vendría a resultar que hubiera una persona favorecida y otra perjudicada. Por medio de la cesión de la acción del recurso al guardador se llega a conseguir la verdadera restitución de las cosas al estado que tenían cuando nadie había sufrido perjuicio alguno, y esto, que es lo que exige la verdadera equidad moral, es lo que viene a reconocer el derecho. Pero si por parte del guardador ha habido dolo, que siempre implica mala fe, nunca el doloso debe ser favorecido: la equidad misma exige que el dolo sea castigado en beneficio de la buena fe; y he aquí la razón de la que, más bien que distinción, constituye una razón diferencial en el supuesto. Esto mismo viene a confirmarse considerando los efectos que produciría la elección del extremo contrario. Si el menor, en lugar de dirigirse contra el guardador, se dirige, organizando el recurso de restitución, contra la persona que con él haya contratado, conseguida la reposición, resultaría la anulación de todos los perjuicios; mas si la persona contratante ha obrado de buena fe, y el curador, de mala o con dolo, y por la reposición del negocio resulta perjudicada, siempre le quedará la especial acción de dolo que jurídicamente siempre se reconoce y concede. Por último, si el guardador y el tercero han procedido con dolo, a los dos, lo mismo que el menor opte por un extremo que por otro de la elección, se les negará toda ac-

ción, porque, en derecho, ninguna se concede a los dolosos.

La tercera de las causas, o sea la primera en el orden que las expone la ley, al enumerar las que por la misma se reconocen suficientes para la restitución, es la liviandad del menor, tomada la palabra en cuanto significa ligereza, inconstancia del ánimo, volubilidad, inconsecuencia, falta de fijeza, de reflexión, de seso, de aplomo, de experiencia; en una palabra, imperfección en la facultad de discernir. Esta causa se considera constante, o siempre existente, porque siempre coincide con el supuesto del cual toma su razón, cual es el de la menor edad; de modo que tan sólo se niega cuando llega a justificarse que, no obstante el suuesto de la menor edad, el menor, indudablemente, ha procedido con perfecto discernimiento y hasta con cautelosa malicia, es decir, que como la causa se funda en la presunción jurídica de la liviandad de los menores, la presunción cede a la justificación de la verdad contraria. Pero para que ésta cause tan latos efectos es indispensable que llegue a verificarse alguno de los hechos que las leyes determinan, considerándolos suficientes para contradecir la presunción. Siguiendo nuestro trabajo llegaremos a fijar cuáles son. Basta, por ahora, lo dicho para comprender la verdadera índole de la causa de restitución, que en la ley se expresa con la palabra *liviandad*, y, una vez determinada, procederemos a su necesario examen.

Por lo mismo que es la que aparece en términos más vagos y también porque el supuesto en que se funda es el menos controvertible, pues rara vez dejará de ser auténtico, como que se reduce a un concepto que sin violencia puede calificarse de hecho, cual es la menor edad, viene a resultar que a esta causa es a la que, si no siempre, generalmente se acude para fundar en ella la procedencia del recurso. Cualquiera de las otras dos, el engaño de que ha sido víctima el menor o la culpa de su guardador, requieren una concreta y especial justificación: acudiéndose a la liviandad, como en el hecho de probarse la menor edad resulta justificada la presunción, para contrariar la demanda es

preciso que el demandado alegue y pruebe algunas de las determinadas razones suficientes a destruir el supuesto, y como siempre en juicio es más ventajosa la posición de la parte que menos tiene que probar, naturalmente, y por verdadera conveniencia, se acude al medio que produce iguales resultados con menos inconvenientes.

En corroboración de todas estas ideas, puede acudirse a la ley 4.ª, título 14, Partida 3.ª, donde dice: «Otrosi dezimos que si alguno quisiesse desatar ó quebrantar vendida, ó otro pleyto, ó postura, qualquier que el ouiesse fecho con otro, razonando que á la sazon que la fiziera que era menor de edad, ó que fuera fecho aquel pleyto á daño de si, ó que fuera engañado en ello, que si la otra parte respondiesse que non era assi, mas que á la sazon que fizo aquella postura era de edad complida, tenudo es aquel que quiere quebrantar el pleyto de provar dos cosas. La una, que el era menor en aquel tiempo que aquel pleyto fizo. La otra, que fue fecha con engaño, ó á grand daño de si. Ca si estas dos cosas non provasse, non se podia desatar el pleyto.» Tenemos, por este texto legal, determinado que cuando alguno quisiere desatar o quebrantar, es decir, conseguir la invalidación o reposición de la vendida, pleito o postura, esto es, cualquier contrato o convención, alegando que cuando la hizo era menor de edad, tiene que probar dos cosas: la una, que era menor al tiempo de contratar; la otra, que el contrato fué hecho con engaño o a gran daño de sí. Respecto de la primera, no aparece, no existe, ninguna distinción: la segunda comprende dos conceptos completamente diferentes y expresados con toda distinción, y son: o que existió engaño, o que ha resultado gran daño. Es preciso no perder de vista que, según la ley 2.ª, título 19, Partida 6.ª, para que proceda la restitución es preciso que del negocio haya resultado daño, pues claramente expresa, después de fijar las tres causas que, cada una por sí, son suficientes para la procedencia del recurso, y entre ellas la del engaño, que el menor debe ser entregado de aquella cosa que perdió o que se le menoscabó por cualquiera de estas tres razones, probando el daño o el menoscabo. Esto,

además, es lo natural y equitativo, porque si no se justifica el daño, si no aparece perjuicio, a nada absolutamente puede referirse el concepto del engaño. Combinando, por lo tanto, una ley con otra, se llega al perfecto convencimiento de que siempre hay que justificar, para que la restitución proceda, la existencia de un perjuicio, ora se tome por causa el engaño, ora la culpa del guardador, ora la liviandad del menor. Pero aquí nos encontramos con una de las que pueden reputarse como verdaderas dificultades en la materia, y consiste en determinar cuál debe ser la importancia del daño para que se considere suficiente a producir la restitución. Las leyes del título 19, de la Partida 6.ª, en términos generales nada declaran sobre este particular. A guiarnos por ellas, habría que deducir que cualquiera, por insignificante que fuera el daño, daba motivo a la restitución; la citada de la Partida 3.ª dice que el daño ha de ser grande, pero ninguna regla da para fijar este concepto tan vago e indeterminado.

Grandes han sido los esfuerzos de los autores para llegar a establecer doctrinalmente una regla general que supla el defecto que se nota en los textos preceptivos, pero todos infructuosos, y esta es la pura verdad. Si el daño, si la lesión, excede de la mitad del justo precio, ya no es necesario acudir para su remedio a la restitución, puesto que puede conseguirse por medio de la rescisión, y ya, por lo tanto, se origina un recurso general a todos concedido, que hace inútil, y hasta cierto punto improcedente, el especial y defectivo de la restitución; de modo que si el menor, para conseguirla, hubiera de justificar lo que jurídicamente se llama lesión enorme, de todo punto inútil le sería la restitución, puesto que por otro medio había de conseguir el mismo resultado. De esta sencilla consideración resulta lógica y necesariamente que la restitución procede, aunque la lesión no sea enorme, aunque el daño no exceda de lo que importe la mitad del justo precio; tenemos, por consiguiente, la posibilidad de determinar uno de los dos extremos del cálculo, pero no por esto resulta determinado el supuesto. El daño, la lesión, ha de ser grande; si no lo es-

no debe reputarse suficiente motivo para la restitución. Pero ¿cuándo será aplicable el calificativo legal? Forzoso es reconocer que la resolución más satisfactoria consiste en dejar la determinación del concepto al recto arbitrio judicial fundado en las consideraciones concretas a cada negocio. En el proyecto de Código civil, su art. 1.169 ha querido llenar este vacío, estableciendo que, para que el beneficio de la restitución tenga lugar, es necesario que el daño sufrido exceda de la cuarta parte del justo precio o interés que ha sido materia del contrato y que provenga del contrato mismo. Citamos esta determinación meramente como una regla del buen criterio.

Otra de las graves dificultades que los autores suscitan al comentar la citada ley 2.ª, título 19, Partida 6.ª, consiste en resolver si cabe o no la restitución de los negocios en los cuales haya intervenido la autoridad judicial. El célebre glosador las resuelve afirmativamente, diciendo: «Et nota, quòd etiam interventus Judicis cum tutore, vel curatore, non impedit restitutionem.» En apoyo de esta tan terminante opinión, acude a la que sienta Pablo Castro, comentando varias leyes de los títulos 24 y 25, libro 2.° del Digesto. Pero es el caso que aun la que aparece más divisiva, y es la 2.ª del título 25, no puede tomarse como resolutiva de la cuestión, porque lo que verdaderamente en ella se determina es que la restitución procede en los negocios judiciales y extrajudiciales, aunque en ellos haya intervenido el tutor o curador. De esto, que es lo cierto, deducen algunos motivos para impugnar la opinión del glosador y sostener que, aunque es innegable que la restitución procede en los negocios judiciales y extrajudiciales, no debe extenderse el concepto a los que toman por causa la convención cuando en ellos ha intervenido la autoridad judicial. Buscan tambien apoyo para esta proposición en las que suelen llamarse consideraciones filosóficas, y se reducen a suponer que, si no hay medio legal de contratar con los menores sin remover el temor de la restitución, lejos de serles beneficiosa, llegará a serles perjudicial, porque, naturalmente, todos esquivan el entrar en un negocio cuyo resultado no ofrece

seguridad legal. Desde luego se nota que, en este género de argumentación, se toma por supuesto el abuso y no el recto uso de la institución, porque limitándola a sus jurídicos términos, y por más que se extienda dentro de ellos a los negocios convencionales en los cuales haya intervenido la autoridad judicial, en manera alguna puede producir motivo para el retraimiento. Aducen también, para formar un argumento de inducción, lo establecido por la ley 4.ª, título 14, Partida 5.ª, en cuanto determina que la paga que se hace al menor, o a su guardador, es completamente firme y eficaz, si se verifica con mandato u otorgamiento judicial; pero toda la fuerza que puede atribuirse al razonamiento que se funda en este supuesto viene a destruirse tan sólo considerando que el recibir en pago no es convencional, por lo mismo que no es voluntario, sino forzoso, y, por consiguiente, que la razón no es aplicable a los actos verdaderamente convencionales. El deudor, al pagar, no contrata, ni tampoco el menor al recibir la paga; los dos están sujetos a sus respectivas obligaciones: al cumplirlas, no van al negocio, no entran en él voluntariamente, e inicuo sería tener por obligado al deudor y no concederle un medio completamente eficaz, para redimirse, por decirlo así, de la misma obligación que le afecta. Considerando, por lo tanto, la razón diferencial, precisamente en ella encontramos el verdadero fundamento de la opinión de Gregorio López, porque siendo lo cierto que en el negocio verdaderamente necesario, o, si se quiere, forzoso, con toda precisión se encuentra establecido el precepto conducente a la seguridad del que, por necesidad, procede por similitud de razón, el que obra libremente y con entera libertad debe considerarse obligado a la consecuencia contraria. Todo esto llegará a confirmarse todavía más con el examen de los casos en los que especialmente se determina la procedencia del recurso.

Cuatro son los que se comprenden en la ley 5.ª, título 19, Partida 6.ª, prescindiendo de su final, que se refiere a un supuesto también muy digno de que en él se fije mucho la consideración, por tener el texto más a la vista, más

próximo de su correspondiente comentario. Creemos conveniente considerarla dividida en las cinco citadas partes, advirtiendo empero que en la ley se generaliza el concepto fundamental, como aplicable a los cuatro casos, diciendo «que el Juez debe estimar la restitucion si fallare en verdad que el pleyto se fizo seyendo menor de veynte e cinco años, e fuere prouado el empeoramiento, e el menoscabo, que le viene por ende». Estos supuestos veámolos en los precisos términos de la ley. Dice con referencia al primer caso: «Quando el menor de edad es porfijado de tal ome que le muestre malas maneras, ó que le desgaste lo suyo, puede pedir al Juez del lugar que le torne en aquel estado en que era ante que le ouiesse porfijado, e el Juez develo fazer.» Ya al tratar de la adopción indicamos, aunque muy ligeramente, lo preceptuado en este texto legal, considerándolo como una de las causas por las cuales concuye el poder del adoptante cuando el adoptado es menor. No creemos necesario insistir más acerca de este punto. Comprendiendo el segundo, caso sigue la ley: «Otrosi decimos, que si al menor de veynte e cinco años fuesse otorgado poder en testamento de otri, ó de otra manera, de escoger alguna cosa quel fuesse mandada, que si por aventura se engañase en la escogencia, cuidando tomar lo mejor, e non lo fiziese assi, que puede pedir al Juez que le mande dejar aquella cosa peor que tomo, e tomar la mejor, e el Juez develo fazer.» También creemos excusado detenernos en la explicación de esta parte de la ley: por sí misma aparece clara y terminante, y si bien sea necesario, para su perfecta inteligencia, tener presente todo lo que se refiere a la manda o legado de opción o de elección, claramente aparece que no es este el lugar oportuno de considerar el supuesto; por lo que debemos concretarnos a esta sencilla indicación y referencia.

Prosigue la ley expresando el tercer caso en estos términos: «E aun dezimos, que si alguna cosa del menor de veynte e cinco años fuesse metida en Almoneda, e la comprasse alguno y despues desso viniesse otro que dixesse que daria mucho mas por ella, que puede pedir otrosi al

Juez que torne aquella cosa el que la auia sacado del Almoneda, e que la de al otro que da mas por ella; e el Juez deuelo fazer si entendiere que es gran pro del mozo.» Interesantes y no de fácil solución son las cuestiones a que da lugar este texto legal: procuraremos analizarlo, para ir distinguiendo, y poder de este modo, con separación de lo que no ofrece duda, fijar nuestra atención en lo que verdaderamente lo merece. Claro se presenta el concepto determinante de que contra las ventas de cosas de los menores, hechas en almonedas, cabe la restitución; pero aun sobre esto es preciso notar que, siendo lo cierto que en la idea de almoneda se comprende la pública licitación, con asistencia de la autoridad judicial, es indudable que la asistencia del juez en el negocio convencional no impide el recurso, y aun por eso, al tratar de este punto, cuando de él nos ocupábamos en la ley 2.ª, dijimos que por lo establecido en otras se vería confirmada nuestra opinión conforme con la de Gregorio López. Si las cosas son inmuebles o de las que a ellas se parifican, ya hemos visto, al tratar de cómo deben ser enajenadas las de los menores, que la transferencia es nula, si no se encuentra autorizada por el juez.

Para este caso, por lo tanto, no se ha formado la ley, porque para destruir los efectos de una cosa que no puede producirlos, legalmente hablando, no es necesario el recurso de la restitución: débese, por lo tanto, comprender en el concepto legal los supuestos de que la venta se haya hecho con pública licitación, y ante la autoridad judicial. Esto respecto de las cosas raíces o las que a ellas se parifican. Respecto de los muebles comunes, no son necesarias, para la validez de su enajenación, ni almoneda, ni la intervención del juez; pero la ley no distingue unas de otras, y comprendiendo ambas clases en un mismo concepto general, determina la procedencia del recurso; de modo que viene a resultar como precisa consecuencia la de que la restitución tiene lugar siempre que la enajenación se haya verificado en almoneda, habiendo intervenido en el contrato el juez, si las cosas son inmuebles o preciosas, y también aunque no lo sean, y haya el juez interveni-

do o dejado de intervenir. Esto supuesto, establece la ley otro requisito, cual es el de que un tercero se presente diciendo que daría mucho más por la cosa y el juez entienda que es gran pro del mozo. Aquí nos encontramos con la misma dificultad que al examinar la ley 2.ª para concordarla con la 4.ª, título 14, Partida 3.ª Conforme a ellas, hemos visto que, para que haya lugar a la restitución, es preciso que el daño que resulte del negocio sea grande, y en la que ahora nos ocupamos viene a confirmarse la misma idea, determinándose que para que la venta hecha en almoneda se restituya, es preciso que el que se presente pujando el precio dé mucho más por la cosa y que de ello resulte un gran pro del mozo. Pero lo mismo aquí que allá, queda indeterminado el supuesto cuantitativamente, y, por lo tanto, no hay más remedio, no aparece otra solución que la de encomendarlo al prudente y recto arbitrio judicial.

Lo verdaderamente difícil de determinar es: primero, en qué tiempo debe hacerse la puja, y segundo, si sobre ella deberá entablarse nueva licitación. Nada dice la ley por lo que pueda determinarse ninguno de estos dos conceptos; así es que los autores, lo único que han hecho ha sido buscar casos o conceptos análogos para aplicar a los propuestos las determinaciones qne las leyes establecen para ellos. De algo pueden servir los argumentos de analogía, pero en nuestra opinión no son suficientes, y creemos preferible buscar la solución en los mismos principios que como verdaderamente fundamentales se reconocen en la materia. Es indudable que la ley supone, no sólo perfecto, sino consumado, el contrato, pues fija el concepto de que la cosa haya sido entregada «sacada del almoneda», y no de otro modo «puede tornar»; débese, por consiguiente, rechazar la idea que algunos indican, de que la ley sólo puede tener aplicación cuando el contrato esté perfeccionado y no consumado. Sin embargo, es lo cierto que aunque la ley supone que se haya ya verificado la entrega de la cosa, nada dice acerca de la del precio, y no repugna admitir que su verdadero espíritu se reduzca a que solamente quepa la restitución, aunque se haya entregado la cosa mientras no se haya re-

cibido el precio. Francamente decimos que, para nosotros, esto, más bien que resolverla, es huir de la dificultad; sin embargo, ni podemos ni debemos omitir esta opinión, por si hay alguno que con ella se satisface. Con esta salvedad abordamos de lleno la verdadera cuestión. La venta, la enajenación de los bienes de los menores, hecha en pública almoneda, puede invalidarse por restitución, si hay quien mejore el precio: en la misma proposición se encuentra, en nuestro concepto, résuelta la indicada duda, que ha llegado a punto menos que a tomarse por insoluble: el fin de la restitución es la reparación de perjuicios, y el medio, la reposición de las cosas al estado que tenían antes de haberse ocasionado el daño. Por consiguiente, mientras pueda realizarse el fin, podrá ejercitarse el medio, y, por el contrario, cuando el fin sea imposible, por sí mismo caducará el medio de realizarlo; mientras el daño del menor pueda ser reparado sin perjuicio de la ctra parte contratante, deberá repararse, pero si la reparación ha de originar perjuicios en térmimos que venga a ser imposible el objeto de la institución, cual es el de que las cosas se retrotraigan al estado que tenían antes de la causa del daño, cuando ninguna de las dos partes había sido perjudicada, creemos que no cabe la restitución. Por manera que para nosotros, la cuestión, que a primera vista aparece de tiempo, se convierte en de estimación de los verdaderos supuestos: si al tiempo, dentro del que las leyes, en términos generales, conceden para usarla, de entablar el recurso es posible realizar su fin, deberá considerarse procedente, y, por el contrario, rechazarse si se justifica la imposibilidad de que las cosas vuelvan íntegramente al estado anterior a la causa del perperjuicio.

Por lo que hace a la segunda cuestión, creemos que, aunque la ley no exige directa y terminantemente el que sobre la puja se entable nueva licitación, por equidad y conveniencia debe resolverse afirmativamente. Puede suceder que aun el mismo primer adquirente se convenga en dar lo que ofrece el segundo, y tal vez más: faltaríase, en tal caso, a la equidad, si no se accediera a su demanda,

y hasta inconveniente y perjudicial sería para el menor.

Y sigue la ley explicando el caso 4.° en estos términos: «Otrosi dezimos, que faciendo el menor de veynte e cinco años pleyto alguno, ó postura, que fuesse á su daño; ó cambiando su debdo por otro peor; ó faziendo otra mudacion nuevamente, en qual manera quier, por que se empeore su facienda, ó se menoscabassen sus bienes, ó su derecho, que puede pedir al Juez quel faga desfazer el pleito ó la mudacion que fizo á su daño; e quel faga mejorar, e entregar, lo que ouiesse menoscabado por qualquier destas razones sobredichas.» En esta parte, la ley ya no se refiere a un concepto singular o determinado, y sí, por el contrario, habla generalizando y extendiendo el recurso a toda clase de negocios convencionales, puesto que comprende, no sólo los que tienen por objeto producir obligaciones, sino también aquellas por la cuales se extinguen; es decir, que puede extenderse el recurso a todo aquello en lo que por convención resulte que el menor se ha obligado o ha menoscabado su derecho; pero es muy de notar que, por más extensa que sea la generalización, patentemente se la ve limitada a lo convencional; de modo que viene a ratificarse la explicación doctrinal que dejamos hecha de la ley 4.ª, título 14, Partida 5.ª, al decir que si en la paga hecha con intervención judicial se niega al menor el beneficio de la restitución, es precisamente porque en tal caso falta el supuesto de la convención, porque el negocio, dejando de ser voluntario, toma el carácter de forzoso; así es que, indudablemente, si el menor condonara la deuda, en vez de recibir la paga, contra la condonación, lo mismo que con toda novación o mudación, como dice la ley, procedería el recurso.

Viene, por último, declarándose en la ley un concepto que ya no puede tomarse como caso especial ni general de la restitución, pues más bien es la declaración de los efectos del recurso, con aplicación a otras terceras personas que intervengan en el negocio. Dice así: «E si por auentura el menor ouiesse dado fiadores sobre tales pleytos como estos sobredichos, e se quisieren ayudar de la restitucion

que es otorgada al menor, non lo podrian fazer; fueras ende, en aquella manera que diximos en el Titulo de los Fiadores, en las leyes que fablan en esta razon.» Para la explicación de esta parte de la ley, puesto que en ella se ve patente la referencia, es indispensable acudir a su relato, que es la 4.ª, título 12, Partida 5.ª, redactada en estos términos: «Fiando algun ome á mozo que fuesse menor de veynte e cinco años, si atal menor como este fuesse fecho engaño sobre lo que es fecha la fiadura, non es tenudo el menor, nin el que lo fió, en quanto montare el engaño: ante decimos que debe ser desfecho. Mas si en aquella cosa ó en aquel pleyto, sobre que era dado el fiador, non fuesse fecho engaño, como quier que el mozo se podria ayudar del derecho que le es otorgado por razon que es de menor edad, desatando la postura, ó el pleyto, por que fuera fecha á daño del; con todo esto el fiador finca obligado, para complir la fiadura, magüer non quiera. E non se podria escusar de lo fazer por tal razon como esta. E demas, si pechare alguna cosa en esta manera, non la puede demandar al menor.» En todo esto también se encuentra confirmado lo que ya dejamos dicho.

Hemos visto las distintas consecuencias respecto de aplicarse la restitución cuando en el negocio del cual resulta el daño se ha procedido con engaño o tan sólo se ha verificado por liviandad o falta de discernimiento del menor; consecuentes las leyes con sí mismas, vienen las que hemos copiado declarando, con referencia a las fianzas, las deducciones lógicas de las mismas premisas consideradas. Si en el negocio ha mediado dolo, y por esta causa se restituye, el fiador de buena fe puede excepcionar contra la acción de fianza, y aun reclamar contra el doloso el resarcimiento de los perjuicios; pero aunque el negocio se restituya, y, por lo tanto, quede el menor libre de la obligación, como no haya mediado dolo, el fiador quedará obligado, y deberá responder, cumplir o satisfacer, sin ampararse del beneficio de la restitución, porque está reconocido como un axioma jurídico que el fiador puede quedar obligado, pero no en más que el deudor princi-

pal, y este en que nos ocupamos es precisamente uno de los casos comprendidos en la fórmula y que hasta puede servir para su explicación, pues claramente aparece que el fiador resulta ligado con un vínculo más fuerte, en atención a que no hay supuesto que lo desate, siendo al mismo tiempo cierto que el del menor puede deshacerse, sin que por esto exceda su obligación de lo que importe la que el menor contrajo. En la imposibilidad de tratar en este lugar latamente sobre las fianzas, creemos que lo dicho basta para la explicación de este punto.

En la ley 7.ª del mismo título 19, Partida 6.ª, se comprende otro caso especial en el que puede tener lugar la restitución, pues dice así: «Seyendo establecido por heredero el menor de veynte e cinco años, sin entendiere que non le es provechosa la heredad de tener, puede pedir al Juez que le otorgue poderio para desampararla, magüer la aya entrado. Pero quando esto ouiere de fazer, deve ser delante los acreedores de la heredad, que sepan qual es la razon por que la desampara. E estonce el Juez, si entendiere que es daño del mozo en tener la heredad, deuele otorgar que la puede desamparar, e tomar en el estado en que era de primero, poniendo en recabdo primeramente todas las cosas que perteneciessen á la heredad.» Sobre esta determinación legal, considerados sus precisos y claros términos, poco es, por cierto, lo que, en concepto de explicación, hay que añadir a lo que en ella misma se expresa. Conviene, sin embargo, indicar que aunque la adición de herencia a beneficio de inventario, en último término, nunca puede perjudicar al que en tal concepto la hace, no deja de poder producir gravámenes, disgustos y sinsabores, que aunque no se traduzcan en perjuicios estimables en forma determinada, no dejan de ser considerables, y, por consiguiente, no pueden menos de ser considerados. Por la complicación de la misma herencia, por la acumulación de los supuestos que comúnmente concurren en negocios de tal clase, suelen con frecuencia suscitarse litigios, disputas, tal vez enemistades y odios, que aun prescindiendo de los gastos y expensas, lleguen a originar verdaderos per-

juicios. Si así es de todo punto indudable, aun en la suposición de que se haya aceptado la herencia a beneficio de inventario, con mayor razón todavía debe admitirse el recurso cuando la adición haya sido pura e incondicional: la ley, por lo mismo, ninguna distinción hace entre los dos conceptos; de lo que se deduce que a los dos es aplicable su disposición. Mas, para verificarla en forma, es preciso realizar la que en ella misma se establece, cumpliendo los requisitos de que el apartamiento de la herencia sea, en concepto del juez, beneficioso al menor, y se haga con citación de todos los acreedores, asegurando todo lo que a la misma herencia corresponde, para que, sin que se pierda cosa alguna, pueda dedicarse a la responsabilidad de las obligaciones que le afectan.

Por no interrumpir la ordenación de los casos para los cuales se concede especialmente la restitución, hemos tenido que invertir el orden material o numérico de las leyes, examinando la 7.ª antes que la 6.ª del título 19, Partida 6.ª En ella verdaderamente se comprenden las causas o razones por las cuales se niega el recurso de la restitución en casos que de otro modo debería concederse. Varias son, y muy distintas, hasta el punto de que, para proceder de un modo rigurosamente analítico, sería necesario considerar las unas en esta sección y las otras en la siguiente; por manera que nos veremos obligados a ligar y separar los conceptos por medio de indispensables referencias, facilitándonos, empero, el trabajo, y a nuestros lectores la inteligencia, procediendo, como ya lo hemos hecho al examinar otras leyes, por el método de dividirlas, para poder considerar por separado cada una de las partes de que se compone.

La primera se encuentra comprendida en estos términos: «Diziendo ó otorgando, el que fuesse menor, que era mayor de veynte e cinco años, si ouiesse persona que paresciesse de tal tiempo, si lo faze engañosamente, valdria el pleyto que assi fuere fecho con el, e non deue ser dessatado despues, como quier que non era de edad quando lo fizo, esto es, porque las leyes ayudan á los engañados, e

non á los engañadores.» Clara, explícita y en armonía con todos los supuestos que se comprenden en la doctrina, aparece esta disposición legal; pero, por lo mismo, es necesario concretarla con exactitud a sus precisos términos. El beneficio, el recurso, instituído para reponer los daños a que haya dado lugar el descuido de los guardadores o la falta de completo discernimiento de la persona a quien se concede, no puede menos de considerarse rechazable, de tener que ceder a la demostración de la verdad contraria. Tan pronto, pues, como se patentiza que el menor ha procedido con malicia, con engaño, en que ha hecho incurrir a la otra parte, falta por completo el supuesto, y viene a resultar que por la misma razón, aunque en sentido contrario, debe negársele lo que de otro modo se le concedería. Pero para que la presunción ceda, para que el supuesto pueda alegarse, es preciso que la razón contraria aparezca en su plenitud y sin nada que la perjudique, y de aquí el exigir la ley, no sólo que el menor falte a la verdad diciendo que es mayor, sino la posibilidad de que la mentira engañe. Así es que nos parece hasta excusada la cuestión de si la ley se refiere al pupilo o al ya adulto, pues nos parece imposible físicamente que un menor de catorce años pueda aparecer mayor de veinticinco, y encontramos muy conforme al verdadero espíritu y verdadera interpretación de la ley la sentencia del Supremo Tribunal de 27 de abril de 1860, por la que virtualmente se declaró que deben considerarse como razones que produzcan el engaño las circunstancias de estar los menores próximos a su mayor edad, ser casados y tener la administración de sus bienes, u otras especiales que en los mismos concurren.

Dice la ley, en su segunda parte: «Esso mismo seria quando el mozo fuere mayor de catorze años, e jurase que la vendida, ó el pleyto, ó la postura que fazia con otri, non la desataria por razon de menor edad. Ca despues que asi ouiesse jurado, deue ser guardada la jura.» Ocasión a grandes disputas, hasta el punto de constituir lo que se llama división de escuelas, ha dado la doctrina que se comprende en esta disposición legal. Tenemos, por lo tanto,

que detenernos sobre ella más de lo que en nuestro concepto se merece, empezando por consignar sus precedentes históricos.

Natural, por consiguiente, a la variación fundamental de las ideas religiosas, era la vacilación acerca de la fuerza que debía concederse al juramento cuando se empleaba como medio de garantizar el cumplimiento de las obligaciones. En tal estado, el emperador Alejandro quiso fijar el supuesto, y, al efecto, dió la constitución que se comprende en la ley 1.ª, título 28, libro 2.º del Código, que dice así: «Si minor annis viginti quinque emtori prædii cavisti, nullam de cœtero te esse controversiam facturum, idque etiam jurejurando corporaliter præstito servare confirmasti; neque perfidæ, neque perjurii me auctorem (tibi) futurum sperare debuisti.» Dos cosas como de las más esenciales hay que notar acerca de esta disposición legal: primera, que indudablemente se supone en ella, para dar fuerza al juramento del menor de veinticinco años, que el negocio se haya perfeccionado en dos actos distintos: uno, el de la celebración del contrato con expresa oferta de no reclamar contra él; otro, el de la confirmación con juramento; y segunda, que este juramento sea solemne, levantando la mano o poniéndola sobre los Sagrados Evangelios.

Es también de notar que, atendiendo al rigorismo que todavía se usaba en el lenguaje jurídico en tiempo de Alejandro, en la locución *menor de veinticinco años* sólo se comprendían los ya mayores de catorce, pues a los que todavía no habían cumplido esta edad solía llamárseles pupilos, por estar dentro de la pupilar. Dos célebres glosadores se tomaron, con el más decidido empeño, el trabajo de examinar la Constitución de Alejandro, para llegar a fijar la fuerza que por ella se concedía al juramento. Búlgaro sostenía que sólo podía producir la irrevocabilidad de aquellos negocios en que se hubieran observado todos los requisitos legales para su validez; de modo que lo limitaba a contrariar únicamente el recurso de restitución, sosteniendo que si por cualquiera causa el negocio, el contrato claudicaba, resultando ineficaz, no podría considerarse vá-

lido, por más que se hubiera confirmado con juramento. Martino, por el contrario, llevaba al extremo la fuerza jurídica del juramento, sosteniendo que los negocios que con él se hubieran garantizado debían tenerse por eficaces, aunque al tiempo de celebrarlos se hubieran omitido algunas formalidades de derecho.

En tal estado las cosas, dió Federico I la Constitución que viene a formar el complemento de la ley citada, y dice así: «Sacramenta puberum sponte facta super contractibus rerum suarum non retractandis inviolabiliter custodiantur. Per vim autem, vel per justum metum extorta etiam a majoribus (Maxime ne querimoniam maleficiorum commissorum faciant), nullius esse momenti jubemus.» Ya en esta nueva Constitución vino a fijarse el concepto de la edad, usándose de la palabra púberos, que notoriamente significa los mayores de catorce años y menores de veinticinco. Y también se removió la duda sobre si, para que el juramento surtiera efectos, era necesario que se prestara posterior y en un acto distinto de la celebración del contrato, resolviéndose la negativa; pero no por eso concluyó la disputa sostenida por los dos comentadores, antes al contrario, siguió con más encarnizamiento, llegando a formar dos escuelas, llamadas ultramontanismo y citramontanismo, constituyendo la primera los partidarios de la doctrina de Búlgaro y la segunda los de Martino. El respeto a todo lo que tenía carácter religioso hizo que casi dominara la de Martino, sin notar cuánto se facilitaba el abuso y con él el descrédito en que había de caer lo mismo que se trataba de enaltecer.

Es para nosotros indudable que nuestras leyes de las Partidas han venido a fijar el concepto en lo que verdaderamente debe tenerse por razonable y equitativo. El texto que estamos examinando atribuye al juramento del mozo mayor de catorce años la fuerza de que, habiendo garantizado con él la promesa de que el contrato no se desataría por razón de menor edad, debe ser guardada y constituir excepción eficaz contra la demanda de restitución. Respecto de la solemnidad del juramento, nada declara la ley:

acudiendo, para determinar este punto, a los dos precedentes romanos, ya hemos visto lo determinado por Alejandro, y aun mas expresamente se ve consignado en la disposición de Federico por medio de la palabra sacramento; más como todo esto se reduce a forma externa, en nuestro concepto el juramento se tendrá por eficaz, siempre que aparezca que ha sido prestado espontáneamente *(sponte)* con deliberación por parte del entendimiento y determinación por parte de la voluntad, y con verdadera resolución de añadir la garantía religiosa a la jurídica.

En corroboración de esta doctrina, puede traerse a la materia lo consignado en la ley 56 del título 5.º, Partida 5.ª Habla de las causas de invalidación, o más bien de la rescisión de los contratos. Empieza diciendo que lo son la fuerza y el miedo, y declara que una u otro existente, aunque haya mediado juramento, debe invalidarse el contrato; y la razón es muy sencilla, pues se reduce a reconocer que el juramento se prestó bajo la misma presión que lo sustancial de la convención. Trata en seguida de la rescisión por lesión, y después de explicar los términos en que debe entenderse, concluye de este modo: «Otrosí decimos, que si el comprador, ó el vendedor, jurase, quando fiziere la compra ó la vendida, que magüer la cosa valiesse mas ó menos, que nunca pudiesse demandar que fuesse dessatada la vendida, si fuere mayor de catorce años el que vendió, quando la jura fizo, deue ser guardada la jura: e non se puede desatar entonce la compra, nin la vendida, por tal razon. Mas si fuese menor de catorce años, non valdria la jura, e desatarse y a la compra, ó la vendida, tambien como si non oubiesse jurado.» En esta ley vemos determinado uno de los supuestos que indudablemente se comprenden en el párrafo de la 6.ª, título 19, Partida 6.ª, que estamos examinando. El juramento del menor de catorce años, en cuanto se refiera a garantizar lo convencional, es completamente ineficaz; no puede, por consiguiente, empecer el beneficio de la restitución, y si en la citada ley 6.ª se omite el expresarlo terminantemente, es tan sólo porque ninguna necesidad hay de expresar, al tra-

tar de una especialidad, lo que se refiere a la generalidad de lo que se encuentra comprendido. El juramento no obliga al menor de catorce años, en cuanto se refiere a lo convencional; esta es la regla general, y en la que indudablemente se comprende que no le obliga la renuncia jurada del beneficio de la restitución. Véase, pues, cuán en concordancia se encuentran una con otra ley, y las dos con la verdadera inteligencia de la Constitución de Federico.

A pesar de todo, no falta quien aplaude la inobservancia de la ley, y, a la verdad, nos duele que así piense el Pavorde de Valencia, que, sin duda alguna, en ésta, como en otras materias, asustado de los lastimosos efectos del abuso, llegó hasta a combatir la institución, sin recordar que llega a tomarse por axiomática la proposición de que de la impugnación del abuso viene siempre a deducirse la defensa del recto uso. Nosotros, por lo tanto, empezando por llamarnos partidarios de Búlgaro, o, si se quiere, ultramontanos, haciendo, por lo tanto, la distinción de que los contratos a que la ley se refiere deben aparecer, en su forma, con todos los requisitos para su validez, si en ellos, por consiguiente, interviene el guardador del menor, mayor de catorce años, y con esta intervención y la debida dirección presta el juramento, renunciando a valerse del medio de la restitución, obligado legalmente queda a la renuncia, así como si el contrato, por falta de las solemnidades que en el derecho se requieren para la validez de los celebrados por menores, resulta nulo, rescindible e ineficaz, no podrá sostenerse por la renuncia jurada del beneficio de restitución. Creemos que lo dicho es suficiente para la verdadera inteligencia del texto legal y su justa aplicación a los casos que puedan ocurrir.

Volviendo a la ley 6.ª, título 19, Partida 6.ª, encontramos su tercera parte, comprendida en estos términos: «Otrosi dezimos, que si el menor de veynte e cinco años pidiesse al Juez que le entregasse de alguna cosa que auia perdida ó menoscabada, por razon de pleyto que ouiesse fecho non seyendo de edad cumplida, si sentencia fuere dada contra él, por que non era assi como el querellaua,

non puede demandar despues otra vez que sea entregado de aquella cosa, delante de aquel Juez, nin ante otro; fueras ende, si appelasse de aquella sentencia, ó si mostrasse razones nueuas, á tales que gelas deviessen recebir.» Lo que sustancialmente viene a determinarse en esta parte de la ley es que contra la sentencia denegatoria del recurso de restitución no cabe la admisión de un nuevo recurso de la misma especie, aunque sí el de apelación, si por el grado que ha sido dictada resulta procedente. Son, sin embargo, muy de notar las últimas palabras copiadas, puesto que comprenden una distinción difícil de determinar, en razón a que no se presenta con la claridad apetecible. Es indudable la declaración de que no debe admitirse un nuevo recurso contra la sentencia dictada en el de restitución; lo es igualmente que debe admitirse el de apelación, pero concluye la ley diciendo que cabe la manifestación de «razones nueuas á tales que gelas deviessen recebir». Esto, que por el contexto literal de la ley, que por su forma material, parece una distinción, verdaderamente se traduce en una excepción, que consiste en deberse admitir un nuevo recurso, no obstante la regla general, cuando en el que se haya seguido pidiendo la restitución se haya omitido la exposición de razones atendibles y suficientes para poder variar o modificar lo sentenciado. Este es, en nuestro concepto, el verdadero espíritu de la ley; sin embargo, para llegar a su verdadera determinación, se hace indispensable concordarlo con otras disposiciones legales, de cuyo examen tendremos que ocuparnos más adelante en la cuarta sección, pues ya hemos indicado que, respecto de algunas de las prescripciones comprendidas en la ley en cuyo examen nos ocupamos, tendríamos que seguir este sistema.

Dice en su cuarta parte: «Otrosi dezimos, que si el menor de veynte e cinco años mouiesse pleyto en juyzio con otorgamiento de su Guardador, demandando á alguno que era su siervo, si fuesse dada sentencia contra el, en que fuesse dado por libre aquel á quien demandava, non podria despues demandar restitucion contra tal juyzio por

razon que era de menor edad quando movió el pleyto. E esto es por la mejoria que otorgan los derechos á la libertad.» Tanto en su precepto como en su razón, aparece la ley en esta parte clara y terminante; además, la materia a que se refiere tiene ya que considerarse como una institución perteneciente a la Historia. Creemos, por lo tanto, excusado otro más lato razonando.

Llegamos a la quinta parte de la ley, comprendida en los términos siguientes: «E aun dezimos, que si el pleyto, ó la postura, de que demandasse restitucion el menor, fuesse fecho en tal manera que todo ome de edad cumplida, e de buen entendimiento, la faria assi, e non deuia tenerse por engañado por ende, que estonce non deue ser desfecho, por razon que lo fizo en tiempo que non era de edad.» En esta parte la ley, aunque parece, según el método que en ella se ve seguido, que se refiere a un caso particular, verdaderamente declara un concepto general, muy conforme con todos los principios reconocidos y preceptos establecidos sobre la materia, sin que por esto deje de ser de muy difícil aplicación, si bien la dificultad consistirá en la que siempre ofrece la apreciación de los hechos. La restitución se ha instituído como remedio reparador de los perjuicios que se hayan ocasionado a los menores por culpa de sus guardadores y por no haberse procedido en los negocios con la plenitud de discernimiento que se reconoce en los de mayor edad. Si, pues, notoriamente falta el supuesto, si se demuestra, hasta el punto de remover de toda duda, que el menor o su guardador dirigieron el negocio procediendo, no sólo con todas las precauciones legales, sino con toda la previsión y cuidado con que hubiera procedido un hombre prudente y de mayor edad, indudablemente, por el axioma filosófico de que «negada la causa, debe negarse que haya producido efectos», viene a resultar que la concesión del recurso no tendría en qué fundarse. Esto es tan claro como lógico; pero la dificultad consiste en llegar a fijar prácticamente el supuesto. ¿Cuándo habrá que reconocer que el pleito o postura, contrato o convención «fue fecho en tal manera, que todo ome de edad cumplida

e de buen entendimiento la faria assi e non devia tenerse por engañado por ella»? En nuestro concepto, la contestación, puesto que raya en el imposible el fijarla de hecho, creemos que se encuentra expresa, jurídicamente, en la misma ley.

Dice en su sexta y última parte: «Por que siempre ha de probar dos cosas el que demanda restitucion: la primera, que era de menor edad á la sazon que fizo el pleyto ó la postura; la segunda, que la fizo á daño ó menoscabo de si.» Pues bien: cuando el que pida la restitución no pueda probar «que era menor a la sazon que fizo el pleyto ó postura, y que la fizo á daño ó menoscabo de si», será únicamente cuando se reconozca que procedió como hombre de edad cumplida y de buen entendimiento, de modo que venga a negársele el beneficio por el concepto expresado cuando, aunque pruebe el haber contratado siendo menor, no pueda probar el daño o menoscabo, y también cuando, aunque pruebe el daño o menoscabo, no pueda probar «que a la sazon que fizo el pleyto ó postura era de menor edad». Fundamos esta nuestra opinión en el modo de expresión de que se vale la ley: a todas luces aparece que la que presentamos como sexta parte se consigna en la ley como razón de lo expresado en la quinta, puesto que se unen las dos palabras *por que*. Y a la verdad que si así no fuera, ninguna necesidad había de consignar el precepto en la última parte de esta ley, puesto que terminantemente se encuentra establecido, como ya lo hemos visto en la ley segunda del mismo título, y aun más expresamente en la 4.ª, título 14, Partida 3.ª Por manera que es forzoso reconocer que el legislador lo repitió para darlo por razón y explicación de lo que inmediatamente acababa de expresar.

Con lo que hasta aquí llevamos expuesto creemos que puede determinarse cuanto se refiera a los casos en que deba o no concederse el recurso de restitución a los menores en negocios convencionales. Sin embargo, no podemos prescindir de notar que algunos autores, y de merecida reputación, presentan este recurso como aplicable a otras diversas circunstancias, a las cuales creemos que no tiene

aplicación. Suponen que por restitución pueden invalidarse los actos que aparezcan convencionales, si se justifica que en ellos se ha consentido por miedo o fuerza; también aquellos contratos en los que resulte lesión enorme, y también cuando el poseedor haya vendido la cosa maliciosamente o con ánimo de embarazar o perjudicar la acción vindicatoria. El miedo, la fuerza y la lesión enorme, según se explican en diferentes leyes de las Partidas, y muy especialmente en la 56, título 5.º, Partida 5.ª, son causas de rescisión, que se concede, no sólo a los menores, sino a todos los que por tal razón resulten perjudicados. Así es que en la misma ley, y con toda precisión, se distingue, como ya hemos tenido ocasión de notar al ocuparnos de los efectos del juramento, lo que en ella se dispone en concepto de generalidad de lo que determina concreta y exclusivamente respecto de los menores. Si, pues, sin ninguna duda ni posibilidad de contradicción, existe un recurso general a todos concedido, cual es el de rescisión, por innecesario se niega el de restitución, conforme a todo lo que dejamos expuesto y también al verdadero espíritu de la ley 1.ª, título 25, Partida 3.ª, cuyo detenido examen excusamos en este lugar, por tenerlo que hacer en la sección siguiente. Respecto de la vindicación de la cosa enajenada maliciosamente, según las leyes 30, título 2.º, y 15, título 7.º, Partida 3.ª, al demandante, lo mismo que cuando le ha sido arrebatada por la fuerza, se le concede la facultad de dirigir su acción contra el poseedor o contra el vendedor; pero esto también constituye un recurso general y no el especialísimo de restitución, siempre defectivo y subsidiario, y taxativamente otorgado a ciertas y determinadas personas constituídas en especiales circunstancias.

Réstanos, por lo tanto, únicamente consignar el único caso en que, además de los ya expresados y por lo que respecta a lo convencional, se niega el recurso de restitución, y es el comprendido en la ley 2.ª, título 13, libro 10 de la N., en estos términos: «Declaramos, y ordenamos, y mandamos que los nueve dias contenidos en la dicha ley del Fuero, para que el mas propinquo saque la heredad

vendida que fue de su patrimonio ó abolengo, corran contra los menores de veinte y cinco años, quier sean de edad pupilar ó adulta, y eso mismo contra los ausentes; y que los unos y los otros non se puedan ayudar de su menor edad nin de la ausencia; y que haya lugar contra ellos esta prescripcion de los dichos nueve dias; y que no les sea otorgado sobre esto restitucion ni rescision del tiempo, salvo que á la letra se guarde la dicha ley del Fuero contra los unos y los otros; y el menor tuviere tutor ó curador, que pueda sacar la heredad para el menor en el tiempo y como de suso se contiene.» Tan terminante como clara aparece esta disposición legal, hasta el punto de hacer innecesaria toda clase de comentarios, pues basta para comprenderla y poderla aplicar rectamente el conocer la materia a que se refiere, cuyo contenido no es de este lugar. Únicamente, por lo tanto, tenemos que decir que a propósito la hemos dejado para concluir con ella esta sección, porque es el verdadero punto de unión con la siguiente, en razón a que, si bien el retracto no puede menos de comprenderse en lo convencional, generalmente, por lo común, hay que reclamarlo judicialmente y por la vía contenciosa y hasta con trámites especiales, cuales son los que determina el título 13 de la primera parte de la ley de Enjuiciamiento.

SECCIÓN SEGUNDA

DE LA RESTITUCIÓN EN LOS NEGOCIOS LITIGIOSOS

Ley fundamental de las Partidas sobre la materia.—Causa para la restitución y sus límites. — Distinción entre definitivo e interlocutorio. — Definición de la restitución según las Partidas. — Qué cosa es conoscencia y quién la puede hacer. — Caso de que la sentencia dictada en un litigio adolezca del vicio de nulidad.—Disposiciones posteriores a las Partidas. — Recto uso del recurso.— Carácter defectivo o subsidiario de la restitución. — Examen de un caso particular de restitución.

Como base fundamental de lo que debe comprenderse en esta sección es preciso tomar la ley 3.ª del citado títu-

lo 19, que dice así: «Conosciendo, ó negando en juyzio el menor, ó su Guardador, ó su Abogado, alguna cosa por que menoscabasse ó perdiesse de su derecho, ó dexando de poner disension, ó otra razon, de que se pudiesse aprovechar, puede demandar al Juez que torne el pleyto en el estado en que era ante, e que non se le embargue su derecho por ninguna destas razones sobredichas: e el Juez deuelo fazer. E de lo que dize en esta ley, e de las otras cosas de que se pueden aprovechar los menores, fablamos assaz complidamente en la tercera Partida deste nuestro libro, en los titulos de los Demandadores, e de los Demandados, e de los Juezes, en las leyes que fablan en esta razon.» Y no sólo como base fundamental, sino también como verdadera síntesis, en la que se refunde cuanto se refiere a la restitución en los negocios litigiosos, hay que considerar esta disposición legal. Se hace, pues, necesario examinarlos con exquisito cuidado, porque siendo el asunto de suyo interesante y complicado, el camino que hay que recorrer es difícil y largo, y sólo marchando con paso seguro y exacto guía se puede facilitar.

En sus primeras palabras se comprende cuanto en juicio puede hacerse con carácter verdaderamente sustancial, porque reduciéndose todo litigio a una disputa, nada puede haber en él que no se traduza en conceder o reconocer y negar. En las siguientes se refiere el concepto a las personas, y del mismo modo se generaliza absolutamente el supuesto, puesto que se dice: *el menor, ó el Guardador, ó su Abogado.* Viene en seguida la explanación de la primera idea, y ya se extiende a un concepto que, aunque no tan fundamental como el de confesar o negar, afecta también necesariamente al éxito del negocio, en el cual no puede menos de influir la exposición de las defensas o razones que en el combate jurídico puedan utilizarse. Resulta, por lo tanto, que en los términos de la ley se comprende como causa para la restitución todo cuanto, por ser verdaderamente interesante en el litigio, se haya hecho, o se haya dejado de hacer, en perjuicio del menor, bien sea por él mismo, bien por su guardador o abogado.

Mas si tal es la extensión del recurso, por ella misma se determinan sus límites, puesto que sólo tendrá lugar cuando el perjuicio resulte por acción u omisión en que haya incurrido el menor, su guardador o abogado en confesar, negar o alegar.

Forzoso es también notar y examinar muy cuidadosamente otra limitación. El beneficio tan sólo llega, se concede tan sólo, a cuanto sea necesario para reponer el negocio al estado que tenía antes de la acción u omisión que ha producido el perjuicio; de modo que como no se exponga y justifique la causa concreta, como no se fije en qué ha consistido el defecto, para que, invalidándose la subsiguiente, pueda decidirse hasta qué punto lo obrado debe tenerse por válido y desde qué punto debe declararse ineficaz, el recurso no puede tener lugar. Es cierto que se ha podido cometer la acción o incurrir en la omisión en el acto originario del negocio litigioso, en la demanda o contestación, en cuyo caso, probado y justificado el supuesto, se llegará al de deberse tener todo por ineficaz; pero es preciso tener siempre presente que los requisitos se exigen copulativamente, que es preciso que exista la acción u omisión del menor, guardador o su abogado, y el perjuicio que de ello se haya seguido, pues si no lo hay, nunca tendrá cabida el recurso; y esto en términos de que aunque llegue a justificarse que la sentencia es contra derecho, y que ha sido dictada por ignorancia o aun por malicia del juzgador o juzgadores, si bien tendrán cabida otros recursos, en manera alguna el de restitución, y, por el contrario, si la ignorancia ha estado por parte del menor, o la ignorancia y malicia por parte de su guardador o abogado, siempre y cuando se justifique que se ha concedido lo que debía negarse, o que se ha negado lo que debía concederse, o que no se ha alegado lo que podía influir en el éxito definitivo, procederá la restitución. La ley verdaderamente fundamental y sintética, determinando los conceptos breve y compendiosamente, refundiendo, por decirlo así, toda la doctrina, concluye con la indicación de que en otras leyes ya anteriormente comprendidas en el mismo Código se

encuentran consignadas las máximas y preceptos. Tomándola, pues, por guía, procederemos al examen de esas otras disposiciones legales a que se refiere, y no sólo tendremos que ocuparnos en las de las Partidas, sino también en las que posteriormente, con referencia a la misma materia, se han ido promulgando.

Expuesta la generalización del recurso, relativamente a los negocios contenciosos, y antes de entrar en el examen de sus particularidades, se hace, si no necesario, muy conveniente decir algo, aunque sea a costa, como en otras ocasiones, de tener que adelantar algunas ideas sobre la distinción de lo que jurídicamente se entiende por definitivo y por interlocutorio. Llámase definitivo aquello por lo que se determina la verdadera esencia de lo que se litiga, de modo que por tal se tendrá, no sólo lo concerniente a la declaración de la pertenencia de la cosa o existencia del derecho, sino también a las cuestiones que incidental o accidentalmente se promuevan, si sobre ellas se suscita disputa especial que necesite concreta resolución; por ejemplo, si el litigio versa sobre la propiedad de una finca y se suscita la cuestión de si el procurador que se presenta a litigar en nombre de los interesados está o no autorizado competentemente para representarlo, no sólo será definitivo el fallo por el cual se declare a quién pertenece la finca, sino también aquel por el cual se decida que los poderes son o no suficientes; esto todavía en la práctica se distingue por medio de dos sustantivos y un solo adjetivo o calificativo. Al fallo decisorio de lo verdaderamente sustancial o principal se llama sentencia definitiva, y al que decide la cuestión incidental, auto definitivo. Por interlocutorio se entiende todo lo que en el pleito se manda con el objeto de ir determinando lo ritual, lo que puramente se refiere a la sustanciación del negocio, y como los términos se tocan, no deja de ser frecuente el confundirlos; así es que el mandato, por ejemplo, de que las partes procedan a practicar las pruebas necesarias, siendo verdaderamente interlocutorio, para distinguirlo de otros menos interesantes, se dice que causa *estado,* porque así es la verdad, en

consideración a que del estado de alegación pasa el litigio al estado de prueba. Con estas sencillas indicaciones, aunque se consideren fuera de lugar, se consigue fijar un tecnicismo que, una una vez comprendido, facilita mucho la inteligencia de los textos legales y proporciona el poder proceder, siguiendo la misma distinción y examinando primero lo que se refiere a lo definitivo y después a lo interlocutorio.

Dice la ley 1.ª, título 25, Partida 3.ª: «*Restitutio*, en latin, tanto quiere dezir en romanze, como tornar las cosas en aquel estado en que eran, en ante que fuesse dado el juycio sobre ellas. E nasce della muy gran pro: ca quebranta los juycios que son dados contra los menores, magüer non fuesse tomada alzada dellos, e pueden sus Guardadores, e sus Bozeros, razonar el pleyto como de primero, e revocar los yerros que fuessen fechos en los pleytos sobre que eran dados los juycios. E esto pueden fazer, non tan solamente en los pleytos que fuessén juzgados contra los menores estando sus Guardadores delante; mas aun en los otros que los Guardadores por si ouiessen seguido en nome de ellos, magüer los menores no hubiesen estado presentes. Pero si los menores por si comenzasen pleyto, ó fuese dado juycio contra ellos, non estando sus Guardadores delante, non valdria la sentencia que fuesse dada á daño dellos. E por ende non seria menester de desatarla por restitucion: porque tal sentencia, e lo que assi fue fecho en el pleyto, non vale nada, bien assi como si del comenzamiento non fuesse fecha ninguna cosa» En entera conformidad aparece en esta ley la restitución con la definición que del recurso hemos formulado en la primera parte de este título, y también con la explicación que hemos hecho de la ley 3.ª, título 19, Partida 6.ª Por restitución se tornan las cosas en aquel estado en que «eran en ante que fuesse dado el juycio sobre ellas», es decir, en el estado anterior al defecto en que se incurrió durante el procedimiento. Sigue la ley expresando lo beneficioso del recurso para venir a determinar que, una vez concedido, se puede razonar de nuevo, deshaciendo las equivocaciones y procediendo como si no hu-

bieran existido. Declara terminantemente que la restitución procede en los litigios en que haya intervenido el menor, auxiliado de su guardador y también en los que haya seguido el guardador por sí solo a nombre del menor, pero no en aquellos que los menores hayan sostenido por sí sin intervención de sus guardadores, dando por razón la fundamental de que, en tal caso, el litigio es nulo, y, por lo mismo, no hay necesidad de acudir a la restitución para determinar su ineficacia; de lo que resulta patentemente confirmada la doctrina de que el recurso de la restitución es defectivo y subsidiario, de modo que sólo tiene cabida a falta de otro.

La ley 2.ª trata de la forma de entablar y seguir el recurso, y la 3.ª, en su primera parte, de los jueces ante quienes puede proponerse. Todo esto, según la división que hemos hecho de la materia, debe ser objeto de la sección siguiente, pero la segunda parte de la misma ley 3.ª, viene a ligarse íntimamente con lo determinado en la ley 1.ª, por lo que es preciso considerarla bajo este concepto. Dice así: «E debenla (la demanda de restitución) otorgar los Juezes, quando los menores muestran, ó prueuan, que les fue fecho engaño en el pleyto, ó en el juycio; ó que por liuiandad, ó por yerro, conoscio, ó nego el menor alguna cosa que fuesse á su daño; ó si por aventura sus Abogados non mostraron las razones tan cumplidamente como deuieran; ó han algunas cartas, ó testigos, que fallaron de nuevo, con que pueden mejorar su pleyto; ó quieren mostrar leyes, ó fueros, ó costumbres, que son á su pro. e son contrarias al juycio de que han querella. Ca si ninguna destas razones non mostrassen los menores, ó sus Guardadores, non se pueden desatar los juycios que fuessen dados contra ellos.» He aquí, determinado con toda precisión, el concepto que en términos generales, aparece en la ley 1.ª; por medio de fijar taxativamente todas, pero solas, las causas de razones suficientes para motivar el recurso, y son las que ya tenemos enumeradas: engaño que se haya hecho al menor; culpa de su guardador; liviandad o falta de perfecto discernimiento del menor; haber confe-

sado o negado en juicio cosa perjudicial; falta en la alegación, por no haber expuesto las razones tan cumplidamente como se debieran; instrumentos, o documentos, o leyes, o costumbres, en cuya consideración el fallo definitivo deba ser contrario al que se hubiera dictado. Estas, y no otras, son las causas que hacen procedente el recurso. «Ca si ninguna destas razones nón mostrassen los menores, ó sus Guardadores, non se pueden desatar los juycios que fuessen dados contra ellos.» Concordando, por lo tanto, esta ley con la 3.ª, título 19, Partida 6.ª, viene a determinarse con toda exactitud y claridad cuanto hay que comprender acerca de este punto: el engaño de que haya sido víctima el menor, la malicia o mera culpa de su guardador, la liviandad o falta de completo discernimiento del menor, pueden dar lugar al recurso, siempre que hayan dado causa a que se conceda lo perjudicial, se niegue lo favorable o se haya incurrido en falta de buena alegación, extendiéndose este concepto al de no haber presentado las justificaciones o documentos convenientes ni haber citado las disposiciones legislativas favorables al derecho del menor.

Como corolario de esta misma doctrina, aparecen otras leyes de las Partidas, por las que se vienen a determinar ciertas particularidades que deben considerarse como últimas consecuencias de los mismos principios reconocidos. La ley 1.ª, título 13, Partida 3.ª, explica «que cosa es conocencia e quien la puede fazer». En la significación de la palabra, indudablemente se comprende lo que en el día expresamos con las de reconocimiento y confesión. Habla en seguida la ley de cómo la confesión puede hacerse por el mismo interesado del litigio, y también por personero o procurador, y en lo concerniente a la restitución dice así: «Otrosi, dezimos que conocencia que fiziesse en juycio huerfano menor de catorze años, non seyendo su guardador delante, que non le deue empecer. Mas si la fiziesse estando y su guardador, e non la contradixesse, valdria. Pero si la conocencia se tornasse á gran daño del huerfano, bien la puede revocar, pidiendo merced al Rey ó al Judgador ante quien fuesse fecha, e mostrando el daño que por ende

le viene, si non tornasse el pleyto, de cabo, en aquel mismo estado que era ante que la conocencia fuesse fecha. E si el Rey ó el Juez entendieren que aquella conocencia se tornasse en grand daño del huerfano, debenla reuocar. Essa misma merced, dezimos que pueden fazer á todos los otros que son menores de veynte e cinco años, que estuvieren ellos e sus bienes en poderio de otri, e aun los que fuessen mayores, seyendo locos, ó desmemoriados, ó desgastadores de lo suyo; si sus guardadores conociessen alguna cosa en juycio, que se tornasse á grand daño dellos.»

Todo lo que en este texto legal se encuentra virtualmente comprendido, sencillamente se reduce a dar toda la fuerza y validez a la confesión o reconocimiento que haga en juicio el menor de catorce años, no estando delante su guardador, es decir, por sí solo; a conceder eficacia a la misma confesión o reconocimiento que haga el menor, auxiliado de su guardador, y aclarar que, siempre que resulte justificado que el menor se ha inferido un grave daño con la confesión o reconocimiento, puede acudirse en su remedio al beneficio de la restitución, haciéndolo extensivo a los menores de veinticinco años, y aun a los mayores de esta edad, que por locos, desmemoriados o pródigos estuvieren bajo la guarda de ellos. La ley 4.ª, título 19, Partida 6.ª, viene, por decirlo así, a determinar los ápices de estos conceptos, y dice así: «Si el mayor de catorce años, e menor de veynte e cinco, fuesse acusado que havia fecho adulterio; si conociere alguna cosa en juicio, seyendo acusado de tal yerro, empescerle a lo que conosciere, e recebira por ende la pena que manda la ley, e non se puede escusar por dezir que non es de edad cumplida. Mas si fuesse menor de catorce años, non podria ser acusado de tal yerro, nin de otro de luxuria, porque non cae aun tal pecado en el. E por ende, si el fiziesse conoscencia de este yerro en juicio, non seria valedera, nin ha por que demandar restitucion por razon della. Mas de todos los otros yerros, assi como omicidio, ó furto, ó de los otros semejantes que fiziesse, non se puede acusar por razon que es menor, solo que sea de edad de diez años e medio arriba,

cuando los faze: por que el mozo de tal tiempo, tenemos que es mal sabido, e que entiende estos males quando los faze. Pero non les pueden dar tan grand pena como á los mayores.»

Las edades en las cuales se supone malicia, con distinción de mayor o menor grado, según los hechos a que se refiere, es verdaderamente materia penal, y en el Código se encuentra determinado cuanto a estos supuestos debe y puede distinguirse. A nada, por lo tanto, conduciría el consignar esta ley en un tratado de Derecho civil, si en ella no apareciera repetido uno de los que hemos considerado, porque así debe considerarse, como principios fundamentales de la materia. Dice que si el menor de catorce años fuere acusado de adulterio u otro pecado de lujuria, su confesión no sería valedera, «nin ha por que demandar restitucion por razon della»; es decir, que el recurso es improcedente, porque nunca debe acudirse a él cuando, por otra causa, lo que se tratara de restituir pueda anularse o invalidarse.

Siempre, pues, que la sentencia dictada en un litigio adolezca del vicio de nulidad en términos que pueda invalidarse o deba declararse ineficaz, por lo mismo de existir un recurso conducente al resultado, deberá negarse el de restitución, y con esto se decide que no deben considerarse casos de restitución los que se comprenden en diferentes leyes del título 22, Partida 3.ª, pues en ellas el recurso es ordinario, general, a todos concedido, y no especial y taxativo a ciertas y determinadas personalidades. Esto sin embargo, es preciso notar que, según la ley 1.ª, título 26, Partida 3.ª, la sentencia dada a consecuencia de documentos o testigos falsos, aunque de ella no se hubiese apelado, se puede invalidar, pidiéndolo así judicialmente como en manera de restitución. Pero en esta misma frase se ve con toda claridad que lo concedido no es la verdadera restitución *in integrum*, sino una cosa que debe ejercitarse a su modo o semejanza.

Así aparece el recurso de restitución relativamente a lo contencioso en la legislación de Partidas: tenemos que pa-

sar a examinar las disposiciones legales posteriores, empezando por la advertencia de que así como en las leyes que llevamos examinadas se explica y determina el recurso respecto de que lo contencioso puede llamarse fundamental, decisivo, definitivo, en las recopiladas resalta más bien lo que se refiere a sustanciación, a lo interlocutorio, aunque de tal modo venga a resultar sustancial, que muchas veces, por razones que afectan a lo ritual, viene a determinarse la procedencia o improcedencia de la restitución con referencia a lo definitivo. Del recurso de restitución se ha abusado: los legisladores han procurado siempre poner un coto al abuso: *est modus in rebus:* el modo de usar las cosas es inseparable de ellas mismas cuando se quieren reducir a la práctica; por lo que en todos los procedimientos humanos, las mismas cosas, bien usadas, son buenas, y malas si se usan mal: la dificultad, pues, consiste en determinar el recto uso, y fatalmente es tan grande, que aunque siempre la Humanidad trabaja por resolverla, muy raras son las veces que llega a conseguirlo. En la materia de que tratamos resalta, como en otras muchas, la verdad de estas ligeras observaciones.

Uno de los medios de realizar el propósito ha sido el de negar la restitución cuando ya el negocio hubiera sido tan debatido, hubiera pasado por tantos grados, que con razón debiera suponerse la completa alegación y probanza: el no poderse ya manifestar razón alguna por la cual debiera determinarse en contra de lo fallado. Por las leyes 5.ª, título 13, y 2.ª, título 14, del Ordenamiento, refundidas en la 1.ª, título 18, libro 11 de la N. R., se determinaba que el recurso de nulidad debiera interponerse dentro de los sesenta días desde el que fué negada la sentencia; que de la que recayera en el recurso pudiera apelar o suplicar, según fuese el juez que la dictara, pero no ya interponer otro recurso de nulidad. Por la pragmática de 9 de febrero de 1565, que es la ley 2.ª del citado título 18, se ordenó y mandó que de las sentencias del Consejo y Audiencias contra las cuales no cupiera el recurso de suplicación, tampoco se concediera el de nulidad. Por

la pragmática de 20 de junio de 1615 se determinó que lo declarado por la de 1565 fuera extensivo al recurso de restitución; de modo que de las sentencias del Consejo y Audiencias contra las cuales no cupiera suplicación no se admitiera tampoco el recurso de restitución. Todo esto aparecía muy sencillo, y lo que es más, sin admitir duda, en la práctica se realizaba, y, sin embargo, a todas luces venía a contrariar uno de los principios fundamentales de la materia. Hemos dicho constantemente que la restitución es un remedio subsidiario, defectivo, al que sólo puede acudirse a falta de otro; hemos citado las repetidas disposiciones que se encuentran en las leyes de Partidas determinando constantemente este supuesto, y al considerarlo ahora enfrente de las leyes recopiladas, nos encontramos con que si de la sentencia cabe súplica, conforme al principio reconocido, no cabe restitución, y tampoco conforme a las leyes recopiladas cabe súplica; por manera que viene a negarse el recurso en la negativa y afirmativa.

La contradicción se salvaba en la práctica de un modo bastantemente ingenioso, hasta el punto de que, en nuestro concepto, más bien merecería el calificado de sofístico. La ley 1.ª, título 21, libro 11 de la N. R., tomada del capítulo 23 de las Ordenanzas de Madrid de 1502, concedía tres días para suplicar de las sentencias y actos interlocutorios, y diez para la de las sentencias definitivas; niega el recurso de restitución contra el lapso de los tres días, y nada dice contra los diez. Ya hemos visto también que, conforme a la ley 1.ª del título 18, para interponer el recurso de nulidad se concedían sesenta días: resulta, por consiguiente, que había sentencias contra las cuales, en sí mismas consideradas, cabía el recurso de súplica o el de nulidad, y otros en que ni lo uno ni lo otro. De las primeras, cuando se había perjudicado el recurso por el lapso del tiempo, se admitía el de restitución, y así se llamaba: de restitución del término para suplicar, de restitución del término para alegar nulidad; pero de las sentencias contra las cuales, por sí mismas, no cabía suplicación o nulidad, no se concedía tampoco el de restitución.

Como corolario de toda la doctrina comprendida en esta sección, y también como un exquisito medio de confirmación, creemos muy oportuno el examen, si bien sea breve y compendioso, del notable pleito sobre restitución seguido entre el duque de Frías y su hermana la duquesa de Uceda. Sus antecedentes y supuestos, en lo que sustancialmente se refiere a nuestro propósito, pueden compendiarse en estos términos. La duquesa de Uceda fué en legítimo matrimonio habida y procreada; el duque de Frías fué legitimado por subsiguiente matrimonio. La duquesa pidió la sucesión y declaración de pertenencia, con exclusión del duque su hermano en los bienes y títulos de los mayorazgos, que exigían la circunstancia de que sus poseedores fueran hijos legítimos, en legítimo matrimonio habidos y procreados. El duque excepcionó que, jurídicamente, lo mismo por el derecho civil que por el canónico, los legitimados por subsiguiente matrimonio se parificaban, en todo y para todo, a los en legítimo matrimonio habidos y procreados. Seguido el pleito, vino a fallarse, siendo el duque menor de veinticinco años, por sentencia de revista fecha 14 de noviembre de 1857 y confirmatoria de la de vista, declarando la legitimidad de la demanda, y declarándose, por lo tanto, virtualmente, contra lo que excepcionaba el duque, que los legitimados por subsiguiente matrimonio no son iguales, jurídicamente, a los en legítimo matrimonio habidos y procreados. Posteriormente, el Supremo Tribunal, por sentencia de 24 de abril de 1861, declaró que son hijos legítimos los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio, según la ley 1.ª, título 19, Partida 4.ª, y merecen igual concepto para todos los efectos civiles, y por otra sentencia de 17 de junio del mismo año de 1861, que los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio son legítimos, según la ley de Partidas, lo mismo que los nacidos después de haberse contraído, existiendo, por lo tanto, perfecta igualdad entre los de una y otra clase para los efectos civiles.

Con estos antecedentes y supuestos, el duque de Frías entabló el recurso de restitución *in integrum* en tiempo y

forma: le fué negado por sentencia de primera instancia fecha 23 de octubre de 1864, confirmada en 29 de mayo de 1865 por la Sala tercera de la Audiencia de Madrid. En su consecuencia, intentó el de la casación, y, seguido, por sentencia de 1.° de mayo de 1866 se falló no haber lugar al recurso. El considerando esencial para la determinación se reduce a que, no cabiendo contra la sentencia de la Audiencia de 14 de noviembre de 1857, por ser de revista y confirmatoria de la de vista, recurso de suplicación ni nulidad, conforme a las leyes 5.ª, título 13, y 2.ª título 18, libro 11 de la N. R., no cabía ni podía concederse contra ella el de restitución *in integrum*. Exacto en todo punto encontramos el razonamiento, y forzoso es, por lo tanto, reconocer la legitimidad de la consecuencia; sin embargo, con la franqueza que nos hemos propuesto en todo lo que se refiera a nuestras opiniones, debemos manifestar que la Sala sentenciadora parece como que huyó de resolver la cuestión por lo sustancial, contentándose con acudir, para su resolución, a un motivo o razón de pura ritualidad. Contra la sentencia de 14 de noviembre de 1857 no se había podido alegar y justificar ninguna de las razones o causas suficientes según las leyes de las Partidas, para que por la restitución debiera ser invalidada y el negocio repuesto a su estado anterior. No se había podido alegar ni justificar que en el litigio hubiera habido perjuicio por engaño, culpa del guardador, ni liviandad del menor, de que hubiera venido a resultar que se reconociera o confesara lo perjudicial, se negara lo favorable, se hubiera omitido prueba o se hubiera incurrido en defecto respecto de la alegación.

Si así es lo cierto, si así había de reconocerse, porque en el litigio seguido entre el duque y la duquesa, hasta la saciedad se había discutido la cuestión fundamental, sin que ninguna de las dos partes hubiera incurrido en defecto ni omisión alguna, todo venía a reducirse a que, en una cuestión puramente jurídico-especulativa, el Tribunal llamado a decidirla pensó de un modo distinto, falló de un modo contrario a lo que después vino a fallar otro Tribunal, y éste, por las leyes de las Partidas, determinantes en

su sustancia, en su verdadera esencia, en manera alguna está considerado como causa o motivo de restitución. Este, en nuestro concepto, debió ser el verdadero fundamento de la sentencia, porque aunque el resultado para el negocio hubiera venido a ser igual, no así para la ciencia, que hubiera ganado mucho con la exposición de una exacta y en un tanto desconocida teoría.

Más adelante, al llegar al examen del tiempo y forma en que debe incoarse y seguirse el recurso de restitución *in integrum*, tendremos que acudir a toda esta misma doctrina, y allí será lugar oportuno para, con la exposición de lo que en estas leyes se encuentra establecido respecto a la ritualidad, completar lo concerniente al modo de ejercitar el recurso, tanto respecto de lo definitivo como de lo puramente interlocutorio; pero conviene considerar y conocer otro de los puntos que dejamos indicados, y que debe ser objeto de la sección siguiente.

SECCIÓN TERCERA

DE LAS PERSONAS A LAS CUALES SE EXTIENDE EL BENEFICIO DE LA RESTITUCIÓN

Menores e incapacitados.—Iglesias, reyes y Concejos.—Ausencia.—Si los que han obtenido venia de edad pueden valerse del beneficio de restitución.—Caso de dos o más personas que deben gozar de la restitución.

Ya hemos dicho, al explicar los términos de la definición, que el recurso no se concede tan sólo a los que por menor edad o incapacidad están jurídicamente sujetos a la guarda, a la tutela o curatela de otros; también hemos indicado que la razón de entenderse el beneficio a otras personas no es otra que la misma que existe respecto de los menores. Llegamos ahora al punto en que se hace necesaria la explicación de aquellas indicaciones. A los menores

e incapacitados se les concede la restitución, porque por su incapacidad o culpa de sus guardores pueden sufrir perjuicios que deben ser reparados. La incapacidad se traduce en impedimento, bajo la suposición de que el incapacitado, sea por edad o por cualquiera otra causa, no puede cuidar de sus cosas, y se halla, por lo tanto, constituído en la necesidad de que se encomiende a otro su cuidado; allí, pues, donde se encuentre la misma razón, aunque no consista en la menor edad ni defecto intelectual, será preciso acudir al mismo medio, al mismo recurso de reparación. Pero como, por más que los conceptos se asemejen, nunca se llega a la completa parificación, siempre resultarán algunas, aunque pequeñas, diferencias, que producen la necesidad de su examen para llegar a conocerlas y fijarlas con la debida distinción.

Dice la ley 10, título 19, Partida 6.ª: «Porque los bienes de las Eglesias, e de los Reyes, e de los Concejos, se pierden, ó se menoscaban por culpa de los que los han aprocurar, ó por engaño de los otros. E por ende fue establescido antiguamente, que tales bienes ayan aquel preuillejo, e aquella mejoria, que han las cosas de los menores de veynte e cinco años. Onde los que han en poder, e en guarda, las cosas sobredichas, pueden demandar restitucion sobre cada una dellas quando se menoscabassen por tiempo, ó por engaño, ó por negligencia de otri. E esto pueden demandar desde el dia que recibieron el engaño, ó el menoscabo, fasta cuatro años. Pero si el menoscabo fuesse tan grande, que montasse de mas de la meytad del precio que valia alguna de las cosas sobredichas que fuesse enagenada, estonce bien puede demandar emienda, e restitucion, fasta treinta años, desde el dia que fue fecho el enagenamiento de la cosa.» Tenemos que empezar al examen de esta ley advirtiendo que a su complemento se pone el método que nos hemos propuesto y venimos observando, y que nos precisa a dejar para la sección siguiente lo que se refiere al tiempo y forma de poder utilizar el recurso. Por lo demás, el texto legal viene en comprobación de las ideas que dejamos emitidas, hasta el punto de aparecer como

una lógica y precisa consecuencia de los principios reconocidos. A las «Eglesias, á los Reyes y á los Concejos se les concede la restitucion por sus bienes, se pierden o se menoscaban por culpa de los que han de guardar ó por engaño de otros», suponiendo, como es lo cierto, que ni las Eglesias, ni los Reyes, ni los Concejos pueden administrar por sí. Y es muy de notar que nada dice de liviandad o impericia, siendo la razón de este silencio tan clara como convincente. Respecto de los menores de veinticinco años, como es lo cierto que la prohibición de actos administrativos no es absoluta, y como el supuesto de incapacidad puede llegar a faltar, hasta el punto de tener que reconocerse el contrario, según hemos visto al examinar la ley 6.ª del mismo título en la sección primera, era preciso que las leyes lo determinaran como lo han determinado; mas respecto de las Eglesias, los Reyes y Concejos, como nada pueden hacer por sí, y sí sólo por sus encargados de las gestiones de sus negocios, la ley filosófica, legalmente obrando, omite hasta la indicación del supuesto. En la fórmula de bienes de los reyes, indudablemente se comprenden todos los pertenecientes a la nación y también los que constituyen el Patrimonio de la Corona.

Sobre esto no creemos que quepa duda, pero las personas reinantes pueden además disfrutar bienes que constituyan su patrimonio privado, y la dificultad consiste en si a estos bienes debe o no llegar el beneficio. La expresión legal «bienes de los Reyes» hasta tal punto parece que extiende el concepto a las tres clases indicadas, que si se quisiera concretar a alguna de ellas determinadamente, debería ser a la tercera; por manera que, atendiendo al literal contexto de la Ley, aparece que, por ella, el patrimonio privado de los reyes se encuentra auxiliado del beneficio de la restitución. Por otra parte, los reyes, corazón de su misma dignidad, del asiduo y continuo cuidado que necesitan dedicar a la cosa pública, por la misma abnegación con que siempre deben mirar sus cosas particulares para emplearse con preferencia en las de la nación, débense considerar imposibilitados, impedidos forzosamente de la administración

de su patrimonio privado, y en este supuesto, conforme el texto literal con la razón jurídica, para que se les conceda el beneficio de la restitución. Tal es nuestra opinión, y, sin embargo, en el largo tiempo que uno de nosotros se ha ocupado de la dirección de los negocios jurídicos del Real Patrimonio, nunca se ha intentado la restitución, y siempre se ha acudido a otros medios para conseguir el resultado. En los bienes de las iglesias, indudablemente se encuentran comprendidos los de todas las instituciones benéficas, y en los de los Concejos, no sólo los de los Ayuntamientos, sino también los de las provincias, administrados por las Diputaciones provinciales; en una palabra, los de todas las corporaciones que tengan personalidad jurídica, o más bien legal, forzosa e indeclinable; pero únicamente éstas, y no las Sociedades convencionales que se forman por contratos otorgados por las personas que las constituyen, como, por ejemplo, sucede en las mercantiles, y más especialmente en las anónimas, porque el constituir sus bienes en administración procede, toma causa de la libre voluntad de los asociados, y no de una fuerza legal imprescindible.

La ausencia motivada por causa pública ha venido también a considerarse como razón suficiente para conceder el beneficio de la restitución. La ley 10, título 23, Partida 3.ª, dice así: «Van en hueste los homes, ó en mandaderia del Rey, ó por pro comunal de su Concejo, e dexan Personeros en sus lugares, que amparen su derecho: e á la sazon que dan juycio contra ellos, non estan delante, nin pueden venir, magüer los emplazen. E por ende dezimos que si el Personero de qualquier dellos no lo ampara derechamente, ó se non alzo del juicio que dieron contra alguno dellos, que desdel dia que fuere tornado á su casa, ó lo supiere, fasta diez dias, puede tomar alzada. E si por aventura, á la sazon que se fue alguno dellos de la tierra, non dexo Personero que amparasse su derecho, estonce la sentencia que diessen contra el, non le empeceria. E puede pedir al Judgador, como por manera de restitucion, que le torne el pleyto en aquel estado en que era el dia en que salio de su

casa para yr á alguno de los lugares sobredichos. E el Juez deuelo fazer; porque el fue por derecha, e guisada razon, embargado, para non poder seguir su pleyto. Esso mismo dezimos que deve ser guardado en el juyzio que fue dado contra el que cayesse en cativo.» El supuesto en el que verdaderamente se concede la restitución por esta disposición legal es el de que el ausente no haya dejado personero o procurador que lo represente y lo defienda en el litigio, y el precepto se reduce a tener por ineficaz cuanto se haya ejecutado y le haya sido perjudicial durante su ausencia; así es que en la ley se declara que el negocio debe tornarse al estado en que era el día que salió de su casa. Para el caso en que el ausente hubiera dejado personero o procurador, tan sólo se le concede la reposición en término de diez días contados desde su regreso o conocimiento del fallo para interponer apelación, y aun esto bajo el supuesto de que no lo haya interpuesto el personero o no haya desempeñado el cometido derechamente.

La ley da derecho a los que caen en cautiverio; y las dos siguientes del mismo título, cuya copia literal omitimos por su demasiada extensión, vienen a determinar los mismos conceptos respecto de los que se ausentan por causa piadosa, o por acudir al estudio de alguna ciencia, o por encontrarse reducidos a destierro o prisión, o por sufrir retraso en su regreso, ora sea por malicia de sus adversarios, ora por accidentes naturales o por enfermedad. Por último, hay también que considerar, respecto de la ausencia por causa pública, la ley 4.ª, título 34, libro 11, de la Novísima Recopilación, en la cual se establece la reparación de todos los perjuicios que se irroguen a los ausentes, no sólo a costa de los damnificadores, sino a la del Erario público, y no está demás llamar la atención sobre las otras leyes del mismo título, que tiene por epígrafe «De los juicios de despojo y su restitución», pues si bien es cierto que la acepción de la palabra no es la misma que la que tiene al expresar el recurso de que nos ocupamos, no deja de tener alguna analogía.

Vistas todas estas disposiciones legales, se hace indis-

pensable comprenderlas en su conjunto para poder determinar su aplicación en la actualidad por la modificación de uno de los supuestos que en todas ellas resalta. Tal es el de distinguir con toda precisión entre si el ausente ha dejado o no quien represente sus derechos. En las épocas en que las leyes fueron fundadas, a lo menos su mayor parte, era permitido a los mismos interesados en los litigios litigar por sí; al presente, la regla general, con muy pocas excepciones, determina lo contrario. Por mucho tiempo también se exigió que todo lo que en los litigios fuera definitivo o causara estado, se notificara personalmente a los mismos interesados. Ligado con estos conceptos aparece lo determinado por la ley 12, título 2.º, Partida 3.ª, en cuanto manda que, si alguno estuviere en cautiverio o muriere sin herederos, cuando contra sus bienes se entablara algún litigio, debería nombrarse un guardador que los defendiera, «e todo quanto razonado fuere por el y sin engaño será valedero tambien como si estoviesse delante aquel cuyo del fuessen los bienes. Ca de otra guissa non valdria la demanda que fiziesse». He aquí el modo de concordar el beneficio concedido a los imposibilitados por ausencia con la no interrupción de los derechos de los que con ellos tuvieran que litigar. Al presente, reconocida, por regla general, al guardador la facultad para presentarse en juicio y la validez de todo lo que por este medio se haga, ya no es posible ni que el litigio por ausencia quede abandonado bajo la suposición de que el interesado litigaba por sí y se ausentó sin nombrar representante, ni que se entable un pleito contra un ausente, sin que previamente, conforme a la ley de Partida y a todas las posteriores, se le nombre curador al efecto: resultan, por consiguiente, modificados los supuestos; no cabe ya la distinción entre existir o no procurador del ausente; no pueden reconocerse las diferencias consecuenciales de uno y otro supuesto, y, por lo tanto, de todo lo establecido por las leyes, sólo queda el principio fundamental de que debe concederse la restitución *in integrum* a los ausentes por causa de utilidad pública o por fuerza inevitable, cuando resulten perjudica-

dos por engaño de sus representantes o guardadores de sus bienes.

Conocidas las personas a quienes debe extenderse el beneficio de la restitución, estamos en el caso de poder considerar las cuestiones que suelen suscitarse sobre esta materia. Una de ellas se reduce a si los menores de veinticinco años, que ejercen la administración de sus bienes por habérseles concedido la venia de edad, pueden o no valerse del beneficio de la restitución. Convienen los autores en que en nuestro derecho patrio no se encuentra ninguna disposición decisoria, y como doctrinal acuden a lo establecido en la ley 1.ª, título 45, libro 2.º, del Código, que dice así: «Eos qui veniam ætatis (à principali Clementia) impetraverunt, etiamsi minus idonee rem suam administrare videantur, in integrum restitutionis auxilium impetrare non posse, manifestissimum est: ne qui cum eis contrahunt, principali auctoritate circumscripti esse videantur.»

Respetable es esta disposición legal, como todo lo que procede de los romanos, verdaderos maestros en la ciencia del derecho; sin embargo, creemos que la cuestión no debe decidirse por ella, sino por la distinción que hicimos y explicamos al tratar de la venia de edad como uno de los modos de concluirse la guarda de los huérfanos. Allí dijimos que en el concepto de administración no cabe el de enajenación de los bienes raíces o a ellos equiparados, y ahora, acudiendo a la misma diferencia, creemos que el beneficio de la restitución deberá negarse a los menores, en el caso propuesto, respecto de todo aquello en que, a virtud de la venia, puedan obrar como si fueran mayores, pero que por la misma razón deberá serles concedido respecto de todo aquello en que, no obstante la venia, tienen limitadas sus facultades. Con lo que también se resuelve otra modificación del concepto, o si se quiere, otra cuestión, cual es la concerniente a desde cuándo debe empezarse a contar el tiempo concedido para la interposición del recurso, si desde la concesión de la venia o si desde que se cumplieron los veinticinco años, pues es claro que, siguiendo nuestro dictamen, hasta se niega la duda, porque en lo que no se les

concede la restitución no hay que acudir a cálculo de tiempo, y en lo que se les concede, necesariamente hay que reconocer que el tiempo no puede empezar a contarse sino desde el momento de la plenitud de edad, y, por consiguiente, de la plenitud de facultades.

Otra de las cuestiones se reduce a cómo debe decidirse cuando en el negocio aparezcan en contradicción los intereses de dos o más personas que deban gozar del beneficio de la restitución. Tampoco hemos encontrado ley patria por la cual pueda determinarse este punto; sin embargo, creemos que en la resolución de los casos que se ofrezcan no puede presentarse dificultad, siguiendo las reglas deducidas lógicamente de los principios reconocidos. El objeto y fin de la institución es el de reparar los perjuicios, reponiendo las cosas al estado que tenían cuando todavía nadie se había perjudicado; por consiguiente, siempre que aparezcan en lucha los intereses de dos personas que con entera igualdad puedan gozar del beneficio, debe concederse la restitución, porque es mejor y más equitativo dejar a los dos iguales, que sostener la ventaja del uno con perjuicio del otro. Tal vez pueda acontecer que la reposición del negocio, que la reparación, no pueda ser completa, porque no quepa en lo posible el que las cosas queden absolutamente en el mismo estado que tenían antes de la causa originaria del perjuicio. Cuando se incida en este supuesto, cuando conocidamente la reposición perjudique el estado que tenían las cosas antes de la causa originaria del perjuicio, deberá acudirse al axioma generalmente reconocido de que privilegiado, contra otro privilegiado, no puede gozar de su privilegio, y así aparece decidido en los dos últimos párrafos de la ley 11, título 4.º, libro 4.º del Digesto.

SECCIÓN CUARTA

DEL TIEMPO Y FORMA DE EJERCITAR EL RECURSO

Razón del método.—Cuadrienio legal.—Transferencia de la acción a favor de los herederos.—Qué puede ser objeto de la demanda de restitución.—Modo de entablar y seguirse el pleito.—Nueva restitución.—Juez competente.—Doctrina de la ley de Enjuiciamiento civil.—Su examen comparativo con las leyes recopiladas.—¿Cabe la restitución contra la sentencia declarativa del derecho, objeto del litigio?—Tramitación por el juicio civil ordinario.—Prescripción.—Opinión acerca de la conveniencia de la institución.

Cuanto dejamos dicho en las tres secciones anteriores tiene que venir a refundirse en esta, que debe ser el complemento de la materia, pues su verdadero objeto no es otro que el de llevar lo especulativo a lo práctico. Debemos ya suponer conocido el recurso de la restitución *in integrum;* los casos en que puede tener lugar, con la determinación de aquellos en que no cabe, es decir, su generalidad y las especialidades que determinan sus límites; también las personas a quienes alcanza el beneficio. Restanos, pues, examinar cuándo y cómo debe incoarse y procederse en él, para que, usándolo en la forma legal, produzca sus jurídicos efectos.

Dice la ley 8.ª, título 19, Partida 6.ª: «Delante del Judgador ordinario del lugar deue demandar el menor restitucion, e entrega, de los daños, e de los menoscabos que ouiesse recebido en sus cosas por pleyto que ouviesse fecho á daño de si, ó por alguna de las razones sobredichas que diximos en las leyes ante desta. E el Juez deve llamar ante si la otra parte á quien fazen la demanda; e si fallare que el pleyto, ó la conoscencia, ó el juyzio (sobre que demanda la entrega), que fue fecha á daño del menor, devel tomar en aquel estado en que era ante; de manera, que cada una de la partes aya en saluo su derecho, assi como

le auia primeramente. E esta restitucion puede demandar en todo pleyto conoscencia que el ouiesse fecho á daño de si, ó su Guardador, ó su Abogado. E tal demanda como esta puede fazer el menor en todo el tiempo fasta que sea edad cumplida de veinte e cinco años; e aun en quatro años despues desso: e non solamente puede el menor fazer demanda fasta este tiempo, mas aun sus herederos.» Sin exageración puede decirse que en esta ley se encuentra recopilado cuanto se refiere al objeto de esta sección; pero, por lo mismo, se incurre en la necesidad de examinarla separadamente en sus distintos conceptos, para poder explicarla en concordancia con las demás disposiciones legales que vienen a determinarlos. El orden en que presentamos las ideas en el epígrafe de la sección, y que es, después de meditarlo bien, el más conducente al fin, nos obliga a empezar el indicado examen por la última parte de la ley.

Se establece en ella que la demanda de restitución *in integrum* puede incoarse durante la menor edad, y aun cuatro años después, período que se significa jurídicamente con la forma de «cuadrienio legal»; y, por último, se declara que durante todo el tiempo concedido, no sólo los menores, sino también sus herederos, pueden utilizar el recurso. Esta transferencia de herencia a los herederos es muy lógica y natural. Ya hemos dicho que la restitución, ni puede ni debe considerarse como un favor, como una gracia personal concedida a los menores, y sí como un medio compensatorio de su posición jurídica e imprescindible: el daño que se supone haber sufrido se reputa siempre ilegítimo, injusto, e inicuo sería admitir que se legitimara, que se justificara por la muerte. No creemos que este punto necesita mayor explanación, pero sí la advertencia de que, al morir el menor, no transmite a sus herederos lo que en el recurso es puramente personal, es decir, el tiempo de su menor edad: los herederos adquieren la acción del recurso, pero para ejercitarla sólo tienen el tiempo del cuadrienio, contado, desde la muerte que produce la herencia, o más bien desde la declaración de heredero, lo que vendrá a explicarse por completo por medio de un ejemplo: Supóngase

que el acto que da motivo a la restitución se haya verificado cuando el menor tenía veinte años: tendrá para entablar el recurso nueve, pues la ley le concede todo el tiempo legal, más el cuadrienio; pero si a los veintiúno muere, para sus herederos quedan reducidos a cuatro, y es porque así como en el menor se reconoce falta de discernimiento para comprender si el acto le es o no perjudicial, en manera alguna puede esto admitirse con referencia a los herederos, si son mayores. Y ¿qué, si son menores? Ya, en este punto, la materia viene a rozarse con la de prescripción, por lo que nos parece conveniente remitirla al lugar en que nos ocupemos de ella. El cuadrienio legal, en los negocios de los cuales resulte perjuicio a los bienes de las iglesias, de los reyes, y de los Concejos y demás corporaciones a las cuales se extiende el beneficio de la restitución, según hemos expuesto al examinar la ley 10.ª, debe empezarse a contar, conforme a la misma, desde el día que recibieron el engaño o el menoscabo; pero a seguida añade que si el perjuicio fuese tan grande que montase más de la mitad del precio, es decir, que resultase lo que jurídicamente se llama lesión enorme, el tiempo para reclamar su reparación se extiende hasta treinta años, contados desde el día en que fué hecho el enajenamiento de la cosa. También respecto de este punto tenemos que contentarnos con la exposición del precepto legal, porque para explanarlo en debida forma, tendríamos que acudir a explicar todo lo concerniente a rescisión por lesión, que tampoco podría hacerse cumplidamente sin considerar cuanto se refiere a la invalidación de los contratos.

Volviendo a la ley 8.ª, podemos ya considerar la parte que se refiere a lo que puede ser objeto de la demanda de la restitucíón, y, desde luego se ve que lo extiende a pleito, conoscencia y juycio. Ya hemos tenido ocasión repetidas veces de decir que, en el lenguaje de las Partidas, pleito significa negocio convencional o entre partes; conoscencia, reconocimiento en juicio, y juicio, sentencia o decisión judicial. Resulta, por consiguiente, que todo lo comprendido en estos tres conceptos puede ser objeto de la demanda de restitución, para cuya interposición se concede

a los menores el tiempo de su menor edad, y a los mismos y a todos los demás el cuadrienio legal, siempre bajo el supuesto sustancial que exista un perjuicio causado por impericia del mismo menor o por culpa de su guardador o abogado.

En la misma ley 8.ª se indica el modo de proceder, mas en donde viene a determinarse con toda latitud es en la 2.ª, título 25, Partida 3.ª, que dice así: «Demandar pueden los Guardadores entrega del juyzio que fuesse dado contra los menores, ó ellos mismos, estando sus Guardadores delante. Esso mismo puede fazer su Personero, auiendo señalado mandato para esto. E la demanda deue ser fecha en esta manera: estando delante su contendor, ó seyendo aplazado aquel contra quien demandan la restitucion. E otrosi, quando la restitucion otorgaren al menor, ó á su Guardador, ó á su Personero, sobre alguna cosa del pleyto, ó sobre todo el juyzio; essa misma deben fazer, ó otorgar, á su contendor, e tornar el pleyto en aquel estado que ante era. Ca derecho e guisado es, pues que el menor non se paga del juyzio, que sean oydas las razones de su contendor de cabo, assi como el quiere que sean oydas las suyas. Otrosi dezimos, que mientra durare el pleyto de la restitucion, que non deue ser fecho en el ninguna cosa nueva: e aun dezimos, que de aquellos juyzios pueden demandar los menores entrega, que fuessen dados contra ellos, ó contra sus Guardadores, en tiempo que fuessen de menor edad. Ca magüer el pleyto fuesse comenzado á la sazon que ellos eran menores, si el juyzio diessen despues en tiempo que ellos fuessen de edad cumplida, estonce el juyzio non se puede desatar por manera de restitucion, como quier que se puedan alzar del, si quisieren.» Clara y terminante está la ley en cuanto concede a los guardadores entablar la demanda de restitución contra sentencia que perjudique a sus guardados, y también en cuanto a poderlo hacer por sí mismos o por medio de personero o procurador, si bien sea necesario poder especial señalado o mandado para esto. Tampoco ofrece la ley la menor dificultad en cuanto determina que el litigio de la restitución debe seguirse con cita-

ción y audiencia de aquel contra quien se pide, ni en cuanto declara la absoluta igualdad de ambas partes contendientes para defender su derecho durante el litigio, alegando y probando cuanto pueda serles favorable. Todo esto aparece completamente claro y determinado por la ley, y también tan conforme a razón, que creemos de todo punto excusado todo comentario o explanación, y pasamos a considerar otros de los conceptos que en la misma ley se comprenden.

Declárase que «mientras se sigue el litigio de restitucion no debe ser fecha en él ninguna cosa nueva». Esto, indudablemente, significa, no sólo que la demanda de restitución suspende el procedimiento del litigio sobre lo principal, sino también que mientras dure sobre ella la discusión, y, por consiguiente, se decida, no puede tratarse de ninguna otra cosa concerniente al mismo negocio; pero lo que hay que notar es que a seguida viene la ley determinando que de los juicios, es decir, de las sentencias y actos que se dicten en el litigio de restitución, pueden los menores demandar nueva restitución durante la menor edad y no después de edad cumplida; por manera que si la demanda de restitución se incoó por un menor, y la sentencia o auto se da cuando ya es mayor, no cabe contra ella recurso de restitución, aunque sí, según el grado en que haya sido fallado el litigio, el de apelación. He aquí el complemento de la explicación que dejamos incompleta en la sección primera, al exponer la doctrina de la ley 6.ª, título 19, Partida 6.ª, en cuanto, después de declarar que contra la sentencia de negativa de restitución no cabe otro recurso de la misma especie, añade: «Fueras ende, si appelasse de aquella sentencia, ó si mostrasse razones nuevas, atales que gelas debiessen recebir.» La razón de negarse el recurso contra la sentencia dictada, cuando ya el que lo interpuso es mayor de edad, consiste sustancialmente en que falta uno de los supuestos necesarios para que la restitución proceda, cual es el que el acto, el hecho causa del perjuicio, se haya realizado durante la menor edad.

La ley 3.ª, cuya segunda parte ya dejamos copiada, dice

en su principio así: «Delante aquel mismo Judgador que dio el juycio contra los menores, ó delante su Mayoral, puede ser fecha demanda que se dessate por manera de restitucion; e pueden demandar los menores esta restitucion en todo el tiempo de la menor edad, que es fasta que hayan veinte ecinco años cumplidamente.» Y, según la ley 8.ª, título 19, Partida 6.ª, el juez competente para entender en la demanda de restitución es el ordinario del lugar. Indudablemente, a primera vista aparece en esto alguna contradicción, pero que se desvanece tan pronto como en ello se fija la debida consideración, acudiendo a la distinción, que ya de muy atrás venimos indicando, entre lo convencional y lo judicial, definitivo y lo interlocutorio, o lo referente a la ritualidad. La ley de la Partida 6.ª se refiere a los dos primeros conceptos: a siempre que la demanda tenga por objeto la reparación de perjuicios que se hayan causado por actos convencionales o por sentencias declaratorias de derechos, y en ambos supuestos el litigio de restitución debe incoarse con todo el carácter de un juicio civil ordinario y ante el juez competente, según el fuero de las personas. Mas cuando el perjuicio resulte de una providencia interlocutoria dentro del mismo litigio, en una palabra, acerca de lo ritual, el juez competente es el mismo que la ha dictado, es el juzgador que dió el juicio, o su mayoral, es decir, que si no se ha entablado el recurso de restitución contra la providencia perjudicial en la instancia que se ha dictado, por ejemplo, en la primera, puede entablarse en la segunda, o sea en la de apelación; y esto, sin contradecir en nada a la ley de la Partida 6.ª, es lo que determina la ley de la Partida 3.ª

Pero hay todavía más: en la de la Partida 6.ª, después de fijar el supuesto de que nos ocupamos, viene la parte en la cual se concede el cuadrienio, y en el de la Partida 3.ª nada absolutamente se dice de este término, lo cual que también a primera vista parece contradictorio; lejos de serlo, resulta lógico y natural. Para reparar los perjuicios ocasionados por los actos convencionales y por las sentencias, verdaderamente declaratorias, de los derechos, se conce-

den por la ley de la Partida 6.ª los términos ya explicados de la menor edad y el cuadrienio, mas para reclamar contra lo interlocutorio tan sólo se concede el término del mismo litigio, bajo el supuesto de que se siga durante la menor edad. Toda esta doctrina, todas estas teorías que fundamentalmente se desprenden de los textos legales citados, han venido a ser más determinados por leyes posteriores, y para comprobar esta proposición tenemos que pasar a las recopiladas.

Antes de empezar su completo examen conviene advertir que muchas de sus disposiciones, aunque no directa, virtualmente resultan derogadas por la nueva ley de Enjuiciamiento civil (1), pero que, no obstante, se hace necesaria su exposición, pues no de otro modo podrá llegarse al conocimiento de lo vigente. El título 13 del libro 11 del indicado Código aparece con el siguiente epígrafe: «De la restitución *in integrum*». Cualquiera, al leerlo por primera vez, creería que en él se encontraba todo lo concerniente a tan interesante y complicada institución. La verdad es que las disposiciones que en él se comprenden se refieren a lo puramente ritual; pero, con ello, también es lo cierto que se ha llegado a modificar mucho de lo sustancial en lo que se refiere a lo judicial. Para comprobar esta posición bastará recordar que ya en la sección segunda, haciéndonos cargo de la ley 5.ª de este título y de la 2.ª del 18 del mismo libro, explicamos la improcedencia del recurso de restitución cuando quisiera intentarse de las sentencias contra las cuales no cupiera el de súplica o el de nulidad. Con estos antecedentes podremos considerar las demás leyes del mismo título 13, sin necesidad de copiarlas literalmente.

Por la primera se ordena que si en primera instancia, por persona a quien compete el beneficio, se pidiere la restitución para alegar nuevas excepciones, le sea concedida

---

(1) Conviene recordar que el autor se refiere a la ley de 1855, derogada por la vigente de 1881.

una sola vez, en tanto que la pidan antes de la conclusión para definitiva, y que en la misma sentencia en que así se le conceda se exprese que le será negada otra vez. En la misma ley se declara que, hecha publicación de probanzas, no se pueda en aquella instancia alegar nueva excepción para que sobre ella sea recibida nueva prueba, pero sí acudir a la confesión de la parte o presentar escritura pública. Esto, para su inteligencia, necesita una explicación: en los litigios se determinan diferentes estados, por los cuales el negocio va pasando hasta llegar a su término, y la buena sustanciación exige que no se haga en el uno lo que debe hacerse en el otro: el primero es el de alegación, y en él debe proponerse la acción y la excepción, para fijar, no sólo el objeto del litigio, sino los puntos en que las partes estén conformes o discordes para que resulten los que deben ser o no objeto de prueba, que es el segundo estado. Mas como mientras corre el tiempo para las probanzas no hay inconveniente en que se hagan las que conduzcan al esclarecimiento de la verdad, tampoco se encuentra en que se aleguen nuevas razones en apoyo de la demanda o nuevas excepciones que la contradigan; pero si esto mismo fuera permitido después de concluído el término o estado de prueba, podría resultar, más bien resultaría, o que lo alegado quedara sin probar, o que el pleito tuviera que retrotraerse al estado por el cual ya había pasado: esto es lo que se niega, por regla general, y lo que se concede por restitución, con las dos indicadas condiciones de que la petición se haga antes de llegar a otro tercer estado, que es el de definitiva, y que se conceda tan sólo una vez.

La ley 2.ª del mismo título impone otra condición, cual es la de que el que pida la indicada restitución se obligue a una pena que debe marcarse en la providencia en la cual se conceda.

La ley 3.ª disminuye el término para poder pedir restitución en los términos expresados, reduciéndola a quince días contados desde la publicación de probanzas, y ordena que no se reciba el pleito a prueba de tachas hasta pasados los mismos quince días, insistiendo también en la imposi-

ción de la pena contra el que, interrumpiendo el curso del litigio, valiéndose de la restitución para alegar nuevas excepciones, no pudiera probarlas. Ordena también que el término que se conceda nunca exceda de la mitad del que antes había tenido para prueba y que debe ser común a las partes, es decir, que las dos puedan utilizarlo. La 4.ª del citado título viene a ordenar para la segunda instancia las mismas e idénticas prescripciones que las anteriores establecen para la primera, añadiendo además que en la petición debe consignarse el juramento de no proceder de malicia. Estas son las disposiciones de las leyes recopiladas, con cuyo conocimiento podemos ya pasar al examen de lo vigente o lo establecido por la nueva ley de Enjuiciamiento.

Nos encontramos desde luego con la base 4.ª de las establecidas por la ley de 13 de mayo de 1855, que dice así: «Que la prueba sea pública para los litigantes, quienes tendrán el derecho de presentar contrainterrogatorios.» En su consecuencia, resulta modificado cuanto por las leyes recopiladas se disponía, tomando por supuesto la probación de las probanzas, puesto que es imposible publicar lo público, y en esta consideración viene a negarse el supuesto. Aparece en segundo lugar el art. 30 del decreto de 5 de octubre de 1855 declarando cuáles son los términos improrrogables que, según el 31, no pueden suspenderse, ni abrirse después de cumplidos, por vía de restitución ni por otro motivo alguno. Demasiadamente prolijo e impropio de este lugar sería el examen de todos y cada uno de los términos improrrogables, según el art. 30, si bien, por otra parte, viene a ser indispensable para la completa explicación del art. 31; en tal conflicto creemos que lo procedente se reduce a exponer la doctrina generalizando. Hemos visto que por las leyes recopiladas, con ciertas condiciones o restricciones, se concedía la restitución para oponer nuevas excepciones: todas ellas se comprenden en la distinción de dilatorias y perentorias. El art. 30 declara improrrogable el término para proponer las primeras, y nada dice de las segundas; conforme al 31, por consiguiente, deberá concederse restitución para proponer las perentorias y no las

las dilatorias. Entre los términos comprendidos en el artículo 30 no se encuentra el de prueba; conforme al 31, por lo tanto, procederá acerca de él la restitución, si bien con las condiciones y restricciones de las leyes recopiladas, y contándose los términos que en ella se establecen, bajo el supuesto de la publicación de probanzas, desde la providencia en que se hayan mandado unir las practicadas en los autos al proceso, para lo que deben tenerse también presentes los artículos 318 y 319, pues por este último se determina que las tachas deben oponerse dentro de los cuatro días siguientes al en que se notificare la providencia mandando unir las pruebas a los autos, y que, transcurridos dichos cuatro días, no podrá admitirse ninguna solicitud sobre tachas, pues concordando esta disposición con la comprendida en el párrafo 11 del art. 30, y siendo lo cierto que, según él, deben tenerse también por improrrogables los términos respecto a los cuales haya prevención expresa y terminante de que, pasados, no se admitan en juicio la acción, excepción, recurso de derecho para que estuvieren concedidos, viene a resultar, en último término, que contra el lapso concedido para alegar tachas no cabe restitución. Creemos que ya basta lo que dejamos dicho para la inteligencia de las que pueden conceptuarse reglas generales en la materia, conforme a los artículos citados, y pasamos a considerarla bajo otro aspecto, cual es el de los efectos que las mismas reglas producen concretamente a otras particularidades.

¿Cabe en la actualidad el recurso de restitución *in integrum* contra sentencia declaratoria del derecho objeto del litigio? Forzosamente hay que convenir en la negativa. Si la sentencia es definitiva y no ejecutoria, no cabe el recurso de restitución, por la razón sencilla de que procede el de apelación. ¿Y si no se apela? Contra el lapso de tiempo tampoco cabe el de restitución, pues por el párrafo 5.º del citado art. 30 está declarado improrrogable. Si la sentencia es ejecutoria, tampoco cabe el beneficio de la restitución, porque contra ella procede el recurso de casación; y, supuesto que el término para interponerlo está declarado

improrrogable por el párrafo 8.º del art. 30, resulta que contra su lapso tampoco puede admitirse la restitución. Lo mismo, e idénticamente, hay que reconocer respecto del término para apelar de la providencia denegatoria del recurso de casación. Réstanos, por lo tanto, únicamente el examen de si cabe o no el recurso contra las sentencias de casación, y para los otros, ni cuestión cabe acerca del particular, en vista del art. 1.065, que dice así: «No hay ulterior recurso contra ninguna de las sentencias definitivas que el Tribunal Supremo dicte sobre los de casacion» (1). Pero de todo esto, y en último término, resulta que si no directamente, de un modo que puede llamarse de soslayo, se ha venido a reducir casi a la completa nulidad el beneficio de la restitución *in integrum* contra los actos judiciales en lo concerniente a lo litigoso. Para confirmar por completo esta proposición sería preciso escribir un tratado especial sobre sustanciación, y esto ya hemos dicho que está fuera de nuestro actual propósito.

Queda, no obstante, en su pureza lo sustancial de la institución en todo lo que se refiere a lo convencional, y se hace necesario, por lo mismo, exponer lo referente al tiempo y forma en que, con arreglo a las leyes vigentes, debe ejercitarse la acción. Nada se ha modificado de lo que las leyes 8.ª y 10, título 19, Partida 6.ª, determinan respecto del tiempo, según ya dejamos explicado; en la 8.ª se declara juez competente al ordinario del lugar. En el art. 221 de la ley de Enjuiciamiento se establece que todas las contiendas entre partes, en reclamación de un derecho, que no tengan señalada en esta ley tramitación especial, serán ventiladas en juicio ordinario (2); es lo cierto que en el caso de este artículo se encuentra el caso de la restitución *in integrum*. Concordando, pues, estos indisputables supuestos, resulta que la restitución debe pedirse, ventilarse y decidirse por los rigurosos y amplios trámites del juicio civil

(1) Art. 1.732 de la vigente.

(2) Art. 481 ídem.

ordinario, pudiéndose utilizar por ambas partes sus dos instancias, y hasta el recurso de casación, siendo siempre necesaria al demandante la probanza de la condición personal y del daño sufrido por las causas que determinan las leyes, como ya hemos tenido ocasión de exponer al examinar la 4.ª, título 14, Partida 3.ª, y las 2.ª y 6.ª de la Partida 6.ª

Al tratar de cómo debería computarse el tiempo concedido para interponer el recurso cuando la acción compitiera a los herederos de los menores que también lo fueran, hemos dicho que este punto especial no podía explicarse por completo sin traer a él toda la materia de prescripciones. Lo mismo tenemos que decir respecto de la ley 9.ª del citado título 19, Partida 6.ª, y, sin embargo, no podemos prescindir de hacernos cargo de ella, una vez que se encuentra comprendida en el título dedicado a la restitución. Dice así: «Prescripto, en latin, tanto quier dezir, en romance, como ganancia que faze ome de alguna cosa por tiempo. E como quier de tal razon como esta fablamos cumplidamente en la tercera Partida deste libro, en las leyes que fablan de esta razon. Pero dezimos, que las ganancias que se fazen por tiempo de veynte años, ó donde ayuso, que non corre ninguno destos tiempos contra los que son menores de veinte e cinco años, nin contra sus cosas, nin les empesce en ninguna manera, para perder alguna cosa de lo suyo por tal razon. E esto se deue entender quando los tiempos de tales prescripciones comienzan á correr contra los menores, seyendo ellos nascidos. Mas si ante que nasciesen ó fuessen establecidos por herederos de otros, ouiessen comenzado á correr contra aquellos á quien los menores heredasen, estonce bien correrian contra ellos, e empescerles y an. Pero podrian demandar restitucion del tiempo que contra ellos fuesse corrido mientra que eran menores. Mas las prescripciones que son de treinta años, ó dende arriba, empecen á los que son menores de veinte e cinco años, e mayores de catorce años, e contra ellos, como quier que pueden demandar al Juez restitucion que non pierdan ninguna cosa, por todo el tiempo que fueron de menor edad, e han demas quatro años, segund que es sobredicho.»

Todo lo determinado por esta ley, sin que por ahora creamos mayor explicación, se reduce a que las prescripciones por menos de veinte años no corren contra los menores de veinticinco, de modo que por ellas no pueden perder sus cosas, pero sí debe contarse el tiempo que corrió contra sus causantes; de modo que al morir aquel contra quien corría la prescripción, si el heredero es menor, se suspende e interrumpe, y no le perjudica durante su menor edad. Las prescripciones de más de treinta años, según la misma ley, corren contra los menores de catorce y mayores de veinticinco, pero éstos pueden pedir restitución del tiempo transcurrido durante su menor edad. La diferencia, por lo tanto, consiste en que, en el primer caso, el transcurso del tiempo se tiene por nulo para los efectos de la prescripción, y en el segundo, por válido y eficaz, mientras no se consiga destruir sus efectos por el beneficio de la restitución. Por consiguiente, el menor heredero de otro que murió siéndolo nunca podrá perder sus derechos por la prescripción ordinaria, aunque empezara a correr durante la vida de su causante, ni tampoco el beneficio de la restitución contra la prescripción de treinta años, pues ni sumadas las de la menor edad y los del cuadrienio, pueden llegar a ese número. Por último, y porque indudablemente se roza con la prescripción, combinada con la restitución, réstanos advertir que, según la ley 2.ª, título 13, libro 10 de la N. R., contra el transcurso de los nueve días para intentar el retracto por patrimonio o abolengo no cabe restitución, y corren contra los menores de veinticinco años, ya sean pupilos o adultos, y también contra los ausentes, pero que el guardador, dentro del mencionado término, puede ejercitar el derecho en nombre de cuya guarda le esté encomendada.

Damos aquí punto en estas explicaciones sobre tan notable institución. Tal vez algunos deseen conocer nuestra opinión sobre su conveniencia, porque es lo cierto que por muchos se ha negado, y también que los legisladores se han impresionado de las razones de oposición, puesto que no puede dudarse que en todas las disposiciones legales,

desde una época algún tanto remota, aparece muy notoriamente la propensión a restringirla. Para satisfacer a los que tengan el indicado deseo, diremos que, en nuestro concepto, la institución es hasta necesaria por equidad, pues repetido habemos que no debe considerarse como un privilegio o beneficio gratuito, sino como un medio compensatorio de la triste situación en que se encuentran aquellos que jurídicamente están privados de la libre administración de sus bienes. El mal, por consiguiente, no está en la institución, sino en lo ocasionada que es al abuso; mas esto no puede reputarse causa suficiente para su abolición, porque si así se admitiera, resultaría que tendrían que ser abolidas las cosas más altas y elevadas que se han instituído en favor de la humanidad. Lo procedente, por lo tanto, en esto como en todo, será procurar con verdadero empeño evitar el abuso para que el recto uso produzca los apetecidos buenos resultados.

FIN DEL TOMO SEGUNDO

ÍNDICE

TÍTULO III

DE LA PATRIA POTESTAD

Páginas.

Páginas.

TÍTULO IV

DE LA GUARDA DE LOS HUÉRFANOS

Páginas.

